

DU
NOUVEAU COMMERCE
ENTREPRIS PAR LE FAILLI
PENDANT SA FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Nancy
le Samedi 5 Décembre 1925, à 16 heures

PAR

MARCEL GODIN

Licencié en droit
Lauréat de la Faculté de Droit

SOUS LA PRÉSIDENTENCE DE

MM. P. LESCOT, *Professeur.*
HENRY, *Professeur.*
SIMONNET, *Professeur.*

NANCY
IMPRIMERIE LORRAINE, RIGOT & C^{ie}

1925



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547423_0066

DU NOUVEAU COMMERCE
ENTREPRIS PAR LE FAILLI
PENDANT SA FAILLITE

DU
NOUVEAU COMMERCE
ENTREPRIS PAR LE FAILLI
PENDANT SA FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Nancy
le Samedi 5 Décembre 1925, à 16 heures

PAR

MARCEL GODIN

*Licencié en droit
Lauréat de la Faculté de Droit*

SOUS LA PRÉSIDENCE DE

MM. P. LESCOT, *Professeur.*

HENRY, *Professeur.*

SIMONNET, *Professeur.*



NANCY
IMPRIMERIE LORRAINE, RIGOT & C^{ie}

1925

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. MICHON (U I).

Doyen et professeur honoraire : M. BINET (*, U I).

Doyen honoraire : M. GÉNY (*, U I).

Professeurs honoraires : MM. MAY (*, U I), BOURCART (O *, U I),
CARRÉ DE MALBERG (*, U I), ROLLAND (U I), MOREL (U I).

MM. GÉNY (*, U I), professeur de Droit civil.

MICHON (U I), professeur de Droit romain.

BROCARD (U I), professeur d'Economie politique.

SENN (*, U I), professeur de Droit romain à la Faculté de Droit
de Paris, chargé de cours de Droit romain à la Faculté de
Droit de Nancy.

RENARD (U I), professeur de Droit public.

HENRY (U A), professeur de Droit criminel.

LAVERGNE (U A), professeur d'Economie politique et d'Histoire
des Doctrines économiques, chargé de cours à la Faculté de
Droit de Lille.

KROELL (U A), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUEL (U A), professeur de Droit international public et privé.

LOUDINOT (*, *, *, U A), agrégé, détaché au Ministère des Régions
libérées.

LESCOT (*), professeur de Droit commercial.

SIMONNET (U I), professeur de Droit civil.

VOIRIN (*), docteur en droit, chargé des cours de Droit civil
(2^e année) et de Droit civil (capacité).

Raoul DUVAL, docteur en droit, chargé des cours d'Economie
politique (2^e année), et doctorat.

TROTABAS, docteur en droit, chargé des cours de Droit adminis-
tratif (2^e année), et de législation financière.

MELIN (U I), docteur en droit, chargé du cours de Science
sociale.

BERTRAND (U I), secrétaire.

*La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions
particulières des candidats.*



INTRODUCTION

Le commerçant failli dont la faillite est close définitivement peut, sans aucun doute, travailler ou se livrer à de nouvelles opérations commerciales. C'est, pour lui, le seul moyen d'assurer son existence matérielle et celle de sa famille, car, le plus souvent, la faillite lui a enlevé toutes ses ressources. Qu'il loue ses services ou soit à nouveau commerçant, ses actes sont régis par le droit commun. Exception faite des déchéances dont il reste frappé jusqu'à sa réhabilitation, sa capacité est entière. Peu importe le nombre de ses faillites antérieures ; il ne lui est jamais interdit d'entreprendre un commerce.

La faillite ayant pris fin, tous ses effets ont cessé. La masse est dissoute. Le dessaisissement n'atteint plus le débiteur. En conséquence, il peut s'engager et disposer librement des nouveaux biens que son activité et son intelligence lui ont acquis. Ses créanciers ne pourront discuter aucun de ses actes hors des limites des articles 1166 et 1167 du Code civil.

Les biens nouvellement acquis deviennent le gage des créanciers antérieurs et postérieurs à la clôture de la faillite. Si la faillite a été close par union, les créanciers qui ont formé l'ancienne masse peuvent se faire payer individuellement par voie de saisie. Si elle a été close par concordat, ces créanciers pourront recourir à la procédure de résolution du concordat, mais seulement au

cas où le débiteur ne paie pas les dividendes concordataires. Quant aux créanciers nouveaux, ils ont la faculté, si le commerçant cesse ses paiements, de demander qu'il soit l'objet d'une nouvelle faillite.

C'est l'hypothèse des faillites successives qui ne soulève pas de difficultés particulières. Le fait que ce débiteur a déjà été mis en faillite ne saurait être un empêchement à ce qu'il soit l'objet d'une seconde déclaration de faillite pour une cause différente, dès que les opérations de la première liquidation ont été menées à fin (1).

Dans cette faillite, les nouveaux créanciers produiront pour l'intégralité de leurs créances. Quant aux anciens créanciers, leur droit variera suivant le mode de clôture de la procédure précédente. Celle-ci a-t-elle été close par union, ils se présenteront pour le reliquat impayé de leurs créances. A-t-elle pris fin par la concession au failli d'un concordat, ils ne pourront produire que pour la portion de leurs créances qui n'a pas été éteinte par le paiement des dividendes concordataires, soit l'intégralité de leurs créances s'ils n'ont reçu aucun dividende, soit la fraction de leurs créances primitives correspondant à la part du dividende promis qu'ils n'auront pas touché s'ils en ont déjà reçu une partie (art. 525, C. com.) (2).

(1) L'article 526 C. com., alinéa 2, admet en particulier la possibilité d'une seconde faillite après clôture de la première faillite par concordat.

(2) La faillite peut aussi avoir pris fin par d'autres modes de clôture, d'un emploi d'ailleurs moins fréquent.

Au concordat simple, les créanciers ont pu préférer le concordat par abandon d'actif. Dans cette hypothèse, les droits des créanciers afférents à la nouvelle faillite sont identiques à ceux qui leur appartiennent au cas de concordat simple, sauf à l'égard des biens aban-

En principe, les créanciers anciens et les créanciers nouveaux entreront en concours sans cause de préférence tirée de l'existence d'une faillite antérieure. Seuls, les créanciers concordataires pourront prétendre à un paiement plus avantageux, soit en invoquant l'hypothèque légale que leur confère les articles 490 et 517 du Code de commerce, soit en recourant contre les cautions qui peuvent avoir garanti l'exécution des engagements concordataires.

Il se peut aussi que le failli ait l'intention d'utiliser ses forces dans un nouvel emploi, alors qu'il est encore soumis aux divers effets de la faillite, soit que les opérations de la faillite soient encore en cours, soit que la procédure ne soit close que pour insuffisance d'actif (1).

donnés qui doivent obéir aux règles de l'union quant à leur liquidation et former le gage exclusif des créanciers de la première faillite.

Le jugement déclaratif de faillite peut avoir été rapporté sur appel ou opposition, quand, dans l'intervalle de ce jugement et de la décision sur appel ou opposition, le débiteur a désintéressé ses créanciers ou que ceux-ci lui ont consenti un concordat amiable. Quels que soient les inconvénients que présente une rétractation du jugement déclaratif aussi largement admise, la jurisprudence s'est nettement prononcée en sa faveur. (Agen, 2 juillet 1900, D. 1902, 2. 67. (note Glasson). Cass., 23 nov. 1881, S. 1882, 1. 113. — LYON-CAEN et RENAULT. *Traité de droit commercial*, t. VII, n° 156). La faillite étant alors considérée comme inexistante et le débiteur n'ayant pas été atteint par le dessaisissement, il est évident qu'il peut ensuite intervenir une faillite à laquelle participeront tous les créanciers.

(1) Les effets de la clôture pour insuffisance d'actif ne sont plus guère discutés. L'on est d'accord pour reconnaître que le jugement qui la prononce a pour unique conséquence de rendre à chaque créancier l'exercice des actions individuelles, sans modifier autrement les effets de la faillite : le dessaisissement continue à frapper le failli et les syndics conservent leurs fonctions. (Nancy, 27 juin 1896, D. 1898, 1. 177 (note Valéry); Cass., 20 novembre 1885, S. 1887, 1. 473 (note Esmein); Cass., 20 février 1922, *Gazette du Palais*, 1922, 1. 701. — PERCEROU : *Traité des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, t. II, n° 1845 et s., pages 555 et s. — LYON-CAEN et RENAULT, t. VIII, n° 771.)

Il est fréquent, en fait, que cette situation se présente :

Les procédures de faillite sont longues. Les causes qui peuvent retarder les opérations de liquidation sont nombreuses : ventes d'immeubles, concours à des ordres ou à des contributions, instances diverses, etc., les syndics et les juges commissaires ne sont pas toujours diligents, les créanciers négligent des droits dont la valeur est incertaine ; c'est pourquoi près de moitié des faillites ne sont closes définitivement que plus d'un an après leur ouverture. La plupart durent de deux à quatre ans, et certaines même ne sont pas terminées avant cinq ans (1).

Les clôtures pour insuffisance d'actif sont de plus en plus fréquentes. L'abolition de la contrainte par corps, réalisée par la loi du 22 juillet 1867, provoqua une augmentation rapide de leur nombre, qui diminua sensiblement en 1889, au lendemain de l'introduction, dans notre droit, de la liquidation judiciaire, par suite des faveurs que

(1) Les faillites qui sont clôturées dans l'année ne le sont, le plus souvent, que par suite de l'insuffisance de l'actif. Ainsi s'explique la rapidité avec laquelle les opérations ont été menées à fin. (Cfer. Sabatier : les décrets des 25 mars et 7 septembre 1880, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1880, p. 620 et s., et le rapport présenté par le Garde des Sceaux sur les opérations de la justice civile et commerciale en 1884, *Journ. des Fail.* 1886, p. 94). Si bien des mesures ont été prises pour terminer rapidement les liquidations, surtout grâce à l'organisation de la comptabilité et à la surveillance du ministère public, en fait les procédures sont souvent retardées par des événements divers qui en tiennent toutes les opérations en suspens (Décret du 25 mars 1880. Cfer : organisation de la comptabilité des faillites au Tribunal de commerce de la Seine *Journ. des Fail.* 1887, bulletin p. 329).

La guerre de 1914 n'a pas été non plus sans influence sur la durée des liquidations. C'est ainsi que, pour le Tribunal de la Seine, la durée moyenne des faillites a été de 67 mois 40 jours en 1920, contre 7 mois 25 jours en 1913, et celles des liquidations judiciaires de 53 mois

cette institution offre au commerçant qui dépose rapidement son bilan. Cette régression de la proportion de ces clôtures ne fut d'ailleurs que momentanée et elle progressa à nouveau, si bien que près de moitié des faillites sont ainsi clôturées (1).

15 jours en 1920, contre 6 mois 13 jours en 1913 (Rapport du président du Tribunal de commerce de la Seine sur les travaux de ce tribunal. An. D. C. 1921, p. 216).

Les décisions de jurisprudence peuvent fournir des illustrations typiques sur la longueur de certaines faillites. En voici quelques exemples :

Un jugement déclaratif de faillite intervient le 13 juillet 1847. Les créanciers sont constitués en état d'union, le 21 mai 1851 ; la faillite n'était pas encore clôturée en 1859. (Cass., 21 février 1859 ; D. 1859. 1. 197).

Une autre faillite est déclarée en 1857. Le syndic donne sa démission en 1858. La liquidation était encore ouverte en 1868, le syndic n'ayant pas été remplacé. (Cass., 12 avril 1869 ; S. 1869, I. 356).

Un arrêt de la Cour de Paris du 27 octobre 1903 (*Gazette du Palais*, 1903, 2. 566), nous montre que les créanciers peuvent se trouver en état d'union de 1881 à 1902, soit pendant plus de vingt ans (faillite déclarée le 16 octobre 1881).

Cfer. Bordeaux, 19 janvier 1909 (*Journ. des Fail.* 1909, art. 4765, p. 259), où un syndic décédé le 17 mars 1899 n'est remplacé que le 14 novembre 1902. — Cass., 22 novembre 1887 (S. 1888, 1. 81 ; *Gazette du Palais*, 1887, 2. 617), où la procédure est retardée par des instances judiciaires. En particulier, l'appel dont est frappée une décision du 24 août 1880 n'est tranché que le 29 mai 1882 (Caen. 29 mai 1882. *Journ. des Fail.* 1882, art. 57, p. 279), et un litige jugé en première instance le 14 février 1884 n'est définitivement tranché par la Cour de cassation que le 22 novembre 1887.

(1) Au cours de la discussion de la loi sur les liquidations judiciaires, M. le rapporteur Laroze a fait remarquer que la proportion des faillites clôturées pour insuffisance d'actif est passée de 20 % à 44 %, par suite de la suppression de la contrainte par corps (*Cfer.* Sabatier : *Essai sur la clôture pour insuffisance d'actif, Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1878, p. 344 et s.). La loi du 4 mars 1889 instituant la liquidation judiciaire afin d'inciter les débiteurs en dessous de leurs affaires à déposer promptement leur bilan,

Dessaisi, le failli se trouve à peu près sans ressources. L'administration et la jouissance de son patrimoine lui sont enlevées et sont dévolues au syndic, représentant de la masse. L'exploitation du fonds de commerce dont il tirait ses moyens d'existence lui est interdite. Son crédit est ruiné. Il ne peut disposer d'aucun de ses biens. La loi, cependant, subvient à ses besoins les plus urgents par les dispositions des articles 469, 474 et 530 du Code de commerce. Il peut obtenir, avec la permission du juge commissaire, divers objets de première nécessité énumérés dans le § 1^{er} de l'article 469 du Code de commerce. Les articles 474 et 530 permettent d'accorder, à lui et à sa famille, des secours alimentaires. Mais l'octroi de ces secours ne fournira au failli que des ressources momentanées, toujours modiques et souvent insuffisantes (1). Le failli sera donc souvent conduit à utiliser ses forces dans un nouvel emploi pour assurer son existence maté-

alors qu'ils possèdent encore un actif important, a rempli son but de façon très peu sensible. Il est même curieux de constater que près de 30 % de ces liquidations sont closes pour insuffisance d'actif, sans être converties en faillites.

Toutes les faveurs accordées au débiteur diligent sont insuffisantes pour provoquer une régression de la proportion des clôtures pour insuffisance d'actif. La fréquence de ces clôtures s'explique, en effet, par des causes plus profondes. Le commerçant gêné dans ses affaires fait des efforts d'autant plus désespérés pour éviter la faillite qu'il ne veut jamais avouer qu'il se trouve acculé à la ruine, n'encourant, de ce chef, aucune sanction. (Voyez sur ce point : SABATIER : *Essai sur les faillites clôturées pour insuffisance d'actif*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1878, p. 344 et s. ; THALLER : *Faillites en droit comparé*, n° 51, p. 208).

(1) En pratique, on accorde souvent au failli la disposition de tout son mobilier personnel à titre de secours (Sur les critiques que l'on peut formuler contre cette manière de procéder : LYON-CAEN et RENAULT, t. VIII, n° 679 ; PERCEROU, t. I, n° 447, p. 426).

rielle. Au cas de clôture pour insuffisance d'actif, ce sera même pour lui une nécessité, car s'il reste soumis au régime de la faillite, aucun secours ne lui est plus accordé.

D'autres considérations peuvent aussi déterminer le failli à travailler. Il peut, à bon droit, supposer que, tenant compte de son activité et de sa bonne volonté, ses créanciers lui consentiront plus facilement un concordat. Peut-être aussi a-t-il l'espoir d'obtenir une réhabilitation plus rapide en remboursant à ses créanciers l'intégralité de ce qu'il leur doit, grâce aux économies qu'il pourra réaliser sur ses gains.

En fait, diverses voies s'ouvrent au failli pour se livrer à nouveau au travail. Il peut louer ses services à un patron. L'article 488 du Code de commerce prévoit même expressément une telle combinaison lorsqu'il décide que les syndics pourront l'employer pour faciliter et éclairer leur gestion. C'est ce qui se produit en particulier lorsque la masse a décidé la continuation du commerce et que le syndic se substitue, dans cette exploitation, le débiteur en tant que préposé.

Le failli peut aussi exercer le commerce sous le nom d'un parent, en ne se présentant au public que comme le gérant de l'entreprise. Le plus souvent, c'est la femme qui, après avoir obtenu la séparation de biens et s'être fait autoriser par le failli, fournit son nom à la nouvelle entreprise, qu'elle crée avec des moyens personnels, mais qui, en fait, est gérée par le mari. Cette combinaison, lorsqu'elle correspond à la réalité, est parfaitement licite ; mais parfois elle n'est qu'un masque destiné à frustrer les créanciers (1).

(1) Dans une hypothèse analogue (Amiens, 28 décembre 1905, *Journ. des Fail.* 1907, art. 4484, p. 260), la Cour a reconnu que le père, sous le nom duquel le commerce était exercé, n'était qu'un

Enfin, le failli peut aussi vouloir entreprendre de nouvelles opérations commerciales pour son propre compte. C'est ce mode d'exercice de son activité qu'il choisira de préférence. Il a l'habitude d'exercer cette profession et il sait qu'elle pourra lui permettre de revenir rapidement à meilleure fortune (1). Cependant, le régime restrictif de la liberté individuelle et de la capacité du débiteur qu'entraîne la faillite ne sera pas sans influence sur l'entreprise d'un commerce nouveau pendant cette période.

D'après l'article 445 du Code de commerce, le jugement déclaratif de la faillite ordonnera « le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes ou

homme de paille pour les motifs qu'il était sans ressources et qu'il n'avait exigé de son fils aucune reddition de comptes. En conséquence, elle a décidé que l'actif de la nouvelle entreprise devait être affecté aux créanciers anciens.

(1) Si l'on parcourt les recueils de jurisprudence, l'on rencontre de nombreuses espèces qui montrent avec quelle facilité les faillis se livrent à nouveau au commerce.

Un commerçant en vins a pu, en quelques années, créer un commerce de comestibles, puis diriger un cinéma. (Trib. com. Nice, 23 février 1912, *Journ. des Fail.* 1913, A. 3590, p. 328).

Un marchand de vins et cidres, déclaré en faillite le 11 mars 1884, est à nouveau déclaré en faillite en 1895 dans un commerce d'extraction et vente de phosphates, après avoir acquis des immeubles et contracté trois emprunts hypothécaires. (Trib. com. Amiens, 29 décembre 1896, *Journ. des Fail.* 1897, A. 2232, p. 75).

Un négociant en chaussures, déclaré en faillite en 1900, devient directeur d'une pension de retraite et maison de famille après clôture de sa faillite pour insuffisance d'actif. Une seconde faillite, close aussi pour insuffisance d'actif, intervient. Il crée alors un commerce de porcs qui sombre à nouveau dans une troisième faillite. (Rouen, 9 février 1910, *Journ. des Fail.* 1910, art. 4947, p. 322).

Un entrepreneur de travaux publics tombe en faillite en 1879; dès 1880, la nouvelle entreprise de travaux publics qu'il avait créée est aussi l'objet de la même mesure. (Cass., 22 décembre 1887, S. 1889, 1. 81).

la garde de sa personne par un officier de police ou de justice ou par un gendarme », mais l'application de cette mesure est peu en usage. Si le débiteur en état de liquidation judiciaire ne peut être incarcéré, il est rare que le failli soit lui-même l'objet d'une mesure de rigueur qui est contraire à nos mœurs. Le plus souvent il est affranchi du dépôt ou il obtient un sauf-conduit aux termes de l'article 472 du Code de commerce. Il n'y a qu'un très petit nombre de débiteurs incarcérés (1).

Cette disposition n'apporte donc qu'une entrave exceptionnelle à la création, par le failli, d'un nouvel établissement commercial, mais il est une institution susceptible de lui causer une gêne plus marquée dans ses nouvelles opérations.

(1) Dans un rapport adressé au Président de la République sur la statistique des faillites en France, de 1826 à 1880, le Garde des Sceaux a fourni les précisions suivantes : « Près des 6/10 (58 %) des faillis sont affranchis du dépôt et de la garde de leur personne, 16 % obtiennent un sauf-conduit, 12 % sont incarcérés, 8 % sont placés sous la garde d'un officier de police et 6 % échappent, par la fuite, aux conséquences de leur situation. » (*Journ. des Fail.* 1882, bulletin p. 445).

En pratique, lorsque le jugement déclaratif ordonne le dépôt, le ministère public intervient seulement lorsque des faits de banqueroute lui sont signalés. Quant aux syndics auxquels l'article 460 du Code de commerce permet de faire exécuter cette disposition, il est encore plus rare qu'ils usent de leurs droits. Le motif en est que le parquet ne tient pas compte de leurs réquisitions, se retranchant derrière un avis du Conseil d'Etat du 6 août 1840. Le ministère public prétend que cet avis lui accorde le droit absolu de faire ou de ne pas faire incarcérer le failli. En conséquence, il fait défense au gardien-chef d'écrouer aucun failli sans billet d'écrou délivré par le parquet. Le syndic se heurte alors à cet ordre, qu'il ne peut faire rapporter que par la voie difficile de la prise à partie, et il préfère laisser le failli en liberté. (Henry DEFERT : De l'incarcération des faillis, *Journ. des Fail.* 1907, p. 43 ; PERGEROU, *op. cit.* n° 447, p. 418 et s. ; CAMBERLIN : *Manuel pratique des Tribunaux de commerce*, p. 561).

Aux termes de l'article 443 du Code de commerce, le failli est dessaisi de l'administration de ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. En conséquence, ses biens sont placés sous la mainmise de la masse qui en a seule la disposition et l'administration. Quant à lui, s'il contracte des obligations, celles-ci ne peuvent s'exécuter sur ces biens qu'autant que la masse y consent ou que tous les créanciers la composant ont été désintéressés. Cependant, l'exercice d'un commerce exige des capitaux, se traduit par la conclusion journalière d'actes juridiques d'où naîtront des obligations tant actives que passives à l'égard du failli, et parfois des procès.

Si, après la cessation du dessaisissement, l'on peut recourir au droit commun pour déterminer la capacité du failli, il semble bien que l'on ne peut songer à appliquer le même principe pour les opérations faites pendant la faillite, par suite de la règle posée en l'article 443 du Code de commerce (1). Comment concilier les exigences qui résultent de la gestion d'une entreprise et les droits que la masse tient de la faillite? Tel est le problème dont

(1) Il n'en sera ainsi tout au moins qu'autant que le débiteur se trouve réellement soumis au dessaisissement. Si cette mesure cesse de produire ses effets alors que la faillite est close définitivement, il arrive aussi parfois qu'en fait le débiteur puisse recouvrer la libre disposition de ses biens avant que cette clôture soit prononcée. Il suffit, pour cela, qu'il ait désintéressé les créanciers dans la masse. La masse étant disparue, elle ne peut critiquer les actes de son ancien débiteur qui lui étaient inopposables et se trouvent validés d'une manière absolue. (Trib. com. Lyon, 8 mai 1906, D. 1906, 5.59; Paris, 28 mars 1879, D. 79, 2. 97. — *Cfer.* : Trib. com. Verdun, 6 juin 1895, *Journ. des Fail.* 96, art. 2102, p. 178, qui, à l'inverse des deux décisions précédentes, a admis que la faillite pouvait alors être close faute d'intérêt de la masse).

l'examen fera l'objet de cette étude. Les tribunaux devant lesquels il s'est souvent élevé, par suite des nombreuses difficultés qu'il présente, se sont attachés à respecter en principe certaines lignes directrices qu'ils avaient posées. Cependant ils ne paraissent pas avoir apporté dans leurs déductions la précision nécessaire, ce qui les a parfois conduits à rendre des décisions contradictoires. Quant aux auteurs de droit commercial, ils ne semblent pas avoir suffisamment approfondi cette question afin d'y apporter une solution satisfaisante. Ils ont souvent fait jouer un rôle trop important à l'équité, à l'intuition, ce qui a eu pour conséquence des désaccords, soit quant aux droits du failli et de ses créanciers, soit quant aux justifications à y apporter. C'est pourquoi il nous a semblé utile et intéressant d'entreprendre un exposé d'ensemble de ce problème.

Les questions que soulève l'exercice par le failli d'un nouveau commerce pendant la durée de sa faillite, sont assez récentes. Elles ne semblent pas s'être présentées sous le régime antérieur au Code de commerce, par suite de plusieurs considérations.

Tout d'abord, l'organisation des commerçants et industriels en corporations soigneusement réglementées, jouissant de véritables privilèges, rendait la création ou la reprise d'une entreprise souvent difficile. C'est ainsi, par exemple, que, d'après deux arrêts du Conseil des 30 août 1735 et 11 février 1738, la communauté des marchands de drap de Carcassonne avait interdit aux faillis le droit de faire fabriquer des draps directement ou indirectement. En outre, le manque de communications permettait souvent au failli d'échapper, par la fuite, aux poursuites de ses créanciers. En s'éloignant suffi-

samment du lieu de sa faillite, il pouvait créer une nouvelle entreprise commerciale qu'il gérait en toute liberté. Ses anciens créanciers, ignorant ce qu'il était devenu, ne pouvaient intervenir dans ses nouvelles opérations et mettre la main sur le nouvel actif. Cependant, si l'exercice par le failli d'un commerce nouveau n'a pas soulevé de difficultés dans notre ancien droit, la cause s'en trouve surtout dans les défauts de la procédure de faillite à cette époque. L'ordonnance de 1673 qui, dans son titre XI, organisait le régime des faillites, présentait de nombreuses lacunes et, en particulier, ne posait pas nettement le principe du dessaisissement.

Il résultait de l'article 1 du titre des Faillites de cette ordonnance, que la faillite n'était réputée ouverte que lorsque le débiteur se constituait volontairement en état de faillite ou avait pris la fuite. Jusqu'alors, il conservait l'administration de son patrimoine, ce qui provoqua de nombreux scandales, surtout pendant la période révolutionnaire. Mais, même à partir de ce moment, si les créanciers ne prenaient pas de mesures particulières pour la conservation de l'actif, le débiteur restait soumis au droit commun (1). En conséquence, dès qu'il agissait

(1) L'ordonnance décidait seulement, en effet, dans son t. XI, art. 4 : « Déclarons nuls tous transports, cessions, ventes et donations de meubles ou immeubles, faits en fraude des créanciers. Voulons qu'ils soient rapportés à la masse commune des effets. » Cependant, l'idée que le failli pouvait être dessaisi et l'administration de ses biens confiée à un curateur est déjà admise. — Merlin. (*Répertoire méthodique et raisonné de jurisprudence*, V. Curateur, § 6), admet que ce curateur peut être nommé par le juge et confirmé par les créanciers ou inversement, présenté au juge par les créanciers ; tandis que Jousse (*Commentaire sur l'ordonnance de 1673*, t. II, art. 5, note 1), considère que ce curateur doit être nommé par les créanciers qui décident des mesures à prendre.

sans fraude, il conservait la libre administration de son patrimoine et le droit d'en disposer jusqu'à que la propriété de ses biens ait été transférée à ses créanciers.

Ce n'est que le Code de commerce de 1807 qui frappé le failli de dessaisissement, et c'est à partir de cette date que l'exercice par le failli d'un commerce nouveau alors qu'il est encore soumis au dessaisissement, fut la source de nombreuses difficultés, d'autant plus délicates à résoudre que l'article 443 du Code de commerce n'a posé qu'un principe que la doctrine et la jurisprudence ont dû développer (1).

Le failli étant dessaisi, il lui est interdit de détourner aucun élément de son actif ou de nuire à ses créanciers ; à tous les actes qu'il pourrait accomplir sur ses biens doivent rester sans effet vis-à-vis de ces derniers. Dans ces conditions, l'on peut se demander si l'exercice du commerce doit encore être permis au failli. Si l'on admet l'affirmative, il est évident que l'entreprise et la gestion du nouveau négoce ne peuvent être, pour lui, aussi libres que s'il était encore *in bonis*. Si le failli doit rester capable, afin d'assurer sa subsistance et celle de sa famille,

(1) L'exercice, par le liquidé judiciaire, d'un commerce tant qu'il est soumis aux effets de sa liquidation soulève les mêmes difficultés. Certes, tant que dure la liquidation, le cas se présentera moins fréquemment, car, celle-ci ayant surtout pour but d'aboutir à un concordat, le liquidé flanqué de son liquidateur continuera souvent l'exercice de son ancien commerce. Il se peut aussi que la masse préfère réaliser les biens de ce débiteur ou que la liquidation soit close pour insuffisance d'actif. Dans ces conditions, le liquidé se trouve dans une situation sensiblement identique à celle du failli. Nous n'avons donc pas cru devoir consacrer des développements spéciaux à l'hypothèse de la liquidation judiciaire. Afin d'éviter des répétitions, nous avons préféré mentionner incidemment les différences qui pourraient se présenter.

la masse doit, néanmoins, pouvoir faire valoir les droits qu'elle tient du dessaisissement. En aucun cas, l'exercice, par le failli, d'un commerce nouveau ne doit lui permettre de porter préjudice aux créanciers compris dans la faillite. Les biens qu'il pourra affecter à sa nouvelle entreprise, les actes qu'il pourra valablement accomplir seul doivent être rigoureusement déterminés, afin qu'il ne puisse détourner aucune valeur de l'actif de la faillite ou agir en fraude des droits de la masse. C'est ce que nous nous proposons d'examiner dans une première partie.

Dans une seconde partie nous exposerons les droits respectifs des créanciers antérieurs et postérieurs au jugement déclaratif sur les biens que le failli a acquis au cours de sa nouvelle industrie.

Notre troisième partie sera consacrée à l'exposé des solutions admises par quelques pays étrangers et en particulier des conceptions du droit allemand et du droit suisse.

PREMIÈRE PARTIE

DU DROIT POUR LE FAILLI D'ENTREPRENDRE ET GÉRER UN NOUVEAU COMMERCE PENDANT SA FAILLITE

CHAPITRE PREMIER

EXPOSÉ DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DOCTRINE CLASSIQUE

SECTION I

Principes généraux

L'état de faillite d'un commerçant ne saurait être un obstacle à ce qu'il travaille pour se procurer de nouvelles ressources. Le régime de faillite vise uniquement à liquider les biens d'un commerçant insolvable afin d'en assurer une répartition strictement égalitaire entre ses créanciers. Pour accomplir cette liquidation dans des conditions plus faciles et offrant toutes garanties pour les créanciers, le débiteur est dessaisi de ses biens. Par ce moyen, le failli est placé dans l'impossibilité d'amoindrir son actif ou d'augmenter son passif afin d'assurer aux créanciers la conservation de ce qui reste de biens.

Pour réaliser cette fin, le législateur eût pu songer à transférer la propriété du patrimoine du failli à la masse. Il a jugé cette mesure peu satisfaisante et il a préféré laisser le débiteur propriétaire de l'actif de la faillite jusqu'à ce qu'il soit réalisé par les soins du syndic. Il eût été aussi inutile de frapper le débiteur d'une incapacité absolue, de l'empêcher d'accomplir, tant que dure la liquidation, aucun acte qui puisse être valable. Il a considéré qu'il suffisait, pour protéger les créanciers, de rendre le patrimoine du failli indisponible entre ses mains. Jusqu'au jugement déclaratif, le débiteur administre ses biens et représente ses créanciers. À compter de la déclaration de faillite, c'est au syndic seul qu'appartient ce pouvoir; quant au failli, il ne peut plus faire aucun acte d'administration ou de disposition qui soit opposable à la masse des créanciers. Cette dernière a le droit de méconnaître et de tenir pour nuls et nonavenus à son égard les actes du failli pouvant porter atteinte à son droit de gage général qui s'étend sur les biens du failli. Pour cela, elle n'a qu'à se prévaloir, si elle le juge à propos, de la nullité de plein droit qui résulte en sa faveur du dessaisissement.

Si la masse peut considérer les actes du failli comme ne produisant aucun effet à son égard, il ne s'ensuit pas que celui-ci soit incapable, qu'il soit placé en état d'interdiction. Toutes les opérations qu'il peut avoir réalisées sur les biens dont il est dessaisi sont valables en elles-mêmes, la loi laissant au failli la capacité d'administrer ou de disposer. La validité des obligations qu'il a pu souscrire, malgré l'article 443 du Code de commerce, est entière à son égard comme à l'égard de sa contre-partie. Les deux cocontractants sont définitivement et irrévo-

cablement liés dans les limites du droit commun. La seule chose que le débiteur ne puisse faire, c'est d'engager la masse. Tant que celle-ci n'y consent pas, expressément ou tacitement, aucune conséquence pécuniaire des actes du débiteur ne peut rejaillir sur elle. Dès qu'elle invoque le dessaisissement contre une obligation du débiteur, celle-ci ne peut produire aucun effet à son encontre, mais elle continue à produire ses effets dans les rapports du failli et de sa contre-partie. Nous sommes donc loin de la nullité telle qu'on l'entend couramment; il s'agit bien plutôt ici d'une simple inopposabilité (1). Somme toute, ce que la loi interdit au failli, c'est de nuire à la masse, de porter atteinte à l'actif de la faillite. La conséquence de cette conception est que le dessaisissement ne saurait atteindre les droits qui, en aucun cas, ne peuvent rentrer dans cet actif affecté à la masse; il en résulte une double limitation à son étendue : d'une part, l'insaisissabilité du droit, d'autre part, la personnalité du droit.

Le dessaisissement ainsi limité ne saurait donc apporter aucune entrave à la faculté qu'a le failli d'utiliser son activité. Le droit au travail est, en effet, un droit essentiellement insaisissable et personnel, et il serait contraire à toute morale d'en enlever le libre exercice à un débiteur parce qu'il se trouve dans l'impossibilité de faire face à ses engagements. Si le dessaisissement avait été jusqu'à

(1) L'on ne pourrait même pas dire qu'il y a nullité à l'égard des créanciers seulement. La faillite close, l'acte produira toutes ses conséquences juridiques, tant à l'égard du failli qu'à l'égard des créanciers anciennement compris dans la masse. Par ailleurs, l'acte serait parfaitement valable s'il ne portait que sur des biens dont le failli n'est pas dessaisi ou si les créanciers étaient désintéressés avant clôture de la faillite.

interdire au débiteur de travailler, il eût dépassé son but en mettant le failli à la charge de la masse, par suite de l'interdiction d'acquérir qu'il aurait impliquée.

Si le débiteur travaille afin de se procurer de nouvelles ressources, c'est pour nourrir sa famille et sortir de la gêne où il se trouve. Le plus souvent, agissant dans son propre intérêt, il servira aussi celui de ses créanciers. Les gains du failli peuvent suffire pour couvrir ses besoins, la masse n'a alors plus à lui allouer de secours prélevés sur l'actif de la faillite. Peut-être même, s'ils sont assez importants, le failli pourra, par ses économies, chercher à désintéresser ses créanciers, tout au moins partiellement, en versant à la faillite un complément d'actif. En tous cas, par suite du dessaisissement, la nouvelle activité du failli ne pourra, en aucun cas, nuire à ses créanciers puisqu'il ne peut, par ses actes, engager les biens qui forment leur gage sans que ceux-ci y consentent par une ratification du syndic.

Il semble aussi conforme à l'esprit de la loi de permettre au failli de travailler. Elle ne se prononce pas expressément en ce sens, mais on peut le déduire de certaines de ses dispositions. D'une part, elle ne désire pas que le failli demeure inactif. Elle lui donne un rôle à jouer dans la procédure pour éclairer les syndics et contrôler leurs opérations. L'article 488 du Code de commerce autorise même les syndics à l'employer moyennant rémunération pour faciliter ou éclairer leur gestion. D'ailleurs, l'article 530 du Code de commerce permet aux créanciers en état d'union de refuser des secours au failli. L'idée qui se trouve à la base de ce texte semble être que le failli doit alors pouvoir se procurer des

ressources par son travail, car depuis l'époque de sa déclaration de faillite il a eu le temps de s'embaucher. D'autre part, la faillite inflige au débiteur qui en est l'objet une certaine flétrissure. Il est atteint de déchéances dans ses droits politiques et professionnels. Mais elle lui laisse la faculté de les effacer grâce à la réhabilitation, subordonnée en principe au paiement de ses dettes, qui lui restituera l'intégralité de ses droits (1). Le but que se propose cette institution est d'assurer plus rapidement aux créanciers le remboursement de leurs créances : plus vite ceux-ci seront payés, plus tôt le débiteur rentrera dans ses droits. Logiquement, il est contraire à cette conception législative d'interdire au failli de tenter de poursuivre ce relèvement tant que dure la faillite et de l'obliger, pour ce faire, à attendre la clôture souvent lointaine de sa faillite (2).

De ce que le failli peut travailler, s'ensuit-il qu'il puisse le faire sous une forme quelconque et, en particulier, se livrer au commerce? Certes, le failli peut librement louer ses services à un patron qui, le cas échéant, pourra être la masse. L'emploi du failli par la masse moyennant rémunération est parfaitement régulier, n'étant qu'une

(1) Il en a été ainsi au moins jusqu'à la loi du 23 mars 1908, qui a facilité considérablement la réhabilitation. Mais l'argument que nous entendons tirer de cette institution conserve néanmoins toute sa valeur. Dès que l'on favorise le relèvement du débiteur, l'on ne saurait vouloir l'empêcher de s'y employer, même pendant sa faillite, afin d'obtenir une réhabilitation plus rapide.

(2) Un argument du même ordre peut être fourni au cas de clôture pour insuffisance d'actif. La loi prévoit la réouverture des opérations de la faillite dès qu'il survient de nouvelles ressources au débiteur. Elle ne saurait donc lui interdire d'utiliser ses forces afin d'essayer de se procurer les ressources nécessaires.

application de l'article 488 du Code de commerce. Mais l'on doit même aller jusqu'à admettre qu'il peut entreprendre de nouvelles opérations commerciales pour son compte personnel. Le principe général de la liberté du travail posé par la loi du 2-17 mars 1791 exige qu'on lui reconnaisse une entière liberté quant à la façon dont il voudra exercer son activité. Vouloir restreindre à tel ou tel mode la faculté qu'a le failli d'utiliser ses forces dans un nouvel emploi et, en particulier, lui interdire d'exercer le commerce, serait porter atteinte à sa liberté individuelle, sans aucune justification valable. Il n'y a d'ailleurs aucun motif pour scinder ainsi la capacité du failli; capable de travailler, le failli doit être capable d'entreprendre de nouvelles opérations commerciales. Les motifs déterminants sont les mêmes dans l'un et l'autre cas. Ce n'est, pour le débiteur, qu'un mode particulier d'exercer son activité qui n'est pas plus inconciliable avec le régime de la faillite que tout autre mode. Peut-être y a-t-il dans le droit de commercer un caractère patrimonial plus marqué que dans le droit de louer ses services, mais ce n'en est pas moins un droit personnel ne faisant pas partie du gage des créanciers et dont l'exercice doit rester au failli. La masse n'aurait, au reste, aucun intérêt à s'opposer à des opérations qui, par suite du dessaisissement, ne peuvent lui nuire si elles sont malheureuses, mais dont les bénéfices viendront s'ajouter à son gage si elles sont heureuses.

Peut-être objectera-t-on que l'on peut craindre qu'elles permettent des fraudes préjudiciables à la masse; mais il convient de remarquer que celles-ci seront facilement réprimées. Le syndic a le droit de surveiller le débiteur, de faire annuler les actes accomplis en fraude des droits

de la masse et de le faire condamner comme banqueroutier frauduleux s'il s'est livré à des détournements d'actif.

Ces considérations ont conduit la grande majorité, l'on pourrait presque dire l'unanimité, de la doctrine à reconnaître au failli le droit de travailler sous quelque forme que ce soit et de se livrer au commerce (1). La jurisprudence s'est aussi, dans la plupart de ses arrêts, prononcée dans ce sens, tant sous l'empire du Code de commerce de 1807 que sous l'empire de la loi de 1838 qui a expressément étendu le dessaisissement aux biens à venir (2). Si parfois il s'est produit des divergences d'opinion (3), ce n'est qu'à l'occasion de l'entreprise, par le débiteur, d'un nouveau commerce ; mais nous avons déjà montré combien peu se justifiait cette restriction de la capacité du failli.

Le failli doit pouvoir librement exercer les professions commerciales qu'il lui plaît. Il n'y aura d'exception à faire que lorsque la loi l'aura expressément voulu. C'est ainsi que le failli pourra devenir commissionnaire (4), entrer en société (5) ou entreprendre un nouveau com-

(1) Voyez les auteurs cités : *Pandectes françaises*, nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence, Paris, 1899. V. Faillite, n° 3842. — *Adde.* Percerou, t. I, n° 529, p. 491.

LOCRE. — *Esprit du Code de commerce*, sous l'ancien article 442, p. 73.

(2) Voyez les arrêts cités : *Pandectes françaises*, Répertoire. V. Faillite, nos 3842 et 3848. — *Adde.* Cass., 27 mai 1910, D. 1912, 1. 447.

(3) ALAUZET. — *Commentaire du Code de commerce*, t. VII, n° 2462, p. 106. — Trib. com. Lyon, 31 mai 1900 (*Journ. des Faill.* 1901, art. 3539, p. 78). — Trib. com. Seine, 29 janvier 1891 (*Journ. des Faill.* 1892, art. 1603, p. 335).

(4) Rouen, 24 mars 1865. *Recueil jurisprudence Havre*, 1866, 2. 81.

(5) Trib. com. Seine, 12 avril 1897, *Gazette du Palais*, 1897, 1. 675.

merce quelconque (1). Par contre, il lui sera interdit de devenir agent de change ou courtier privilégié. Ces professions qui, d'après l'article 83 du Code de commerce, ne peuvent être exercées par le failli après clôture de sa faillite tant qu'il n'est pas réhabilité, doivent, à plus forte raison, lui être interdites tant que sa faillite n'est pas close (2).

En principe, le failli conserve donc, malgré la faillite et ses conséquences, une capacité suffisante pour se livrer à nouveau à un commerce quelconque pendant les opérations de sa faillite. Il n'est même pas nécessaire, pour cela, qu'il soit autorisé par le syndic, le juge-commissaire ou le tribunal de commerce. Certes, les articles 470 et 532 du Code de commerce exigent des autorisations de ce genre pour la continuation de l'ancien commerce du failli par le syndic. Mais la différence est profonde entre cette situation et celle qui nous occupe. Il s'agit alors d'un élément de l'actif soumis entièrement au dessaisissement. La loi veut que les syndics soient autorisés à cause de

(1) Cass., 16 novembre 1887. D. 1888, 1. 325; Cass., 12 janvier 1864. D. 1864, 1. 130, S. 1864, 1. 17.

(2) Il n'y a plus aujourd'hui, depuis la loi du 2-17 mars 1791, d'interdictions d'entreprendre un commerce, comme il s'en présentait parfois sous l'ancien droit. Seules quelques rares restrictions ont été édictées par le Code de commerce ou certaines lois, et encore ont-elles été, pour la plupart, atténuées ou rapportées.

S'il reste interdit au failli de devenir agent de change, il résulte de la loi du 18 juillet 1866, admettant la liberté du courtage, qu'il ne lui est plus interdit de se livrer à la profession de courtier, sauf à ne pouvoir figurer sur la liste des courtiers inscrits (article 2, alinéa 3 de cette loi).

L'article 13 du décret du 18 juin 1806 prohibant d'ouvrir un théâtre à tout entrepreneur qui avait fait faillite, a été aussi virtuellement abrogé par le décret du 6 janvier 1864, relatif à la liberté des théâtres.

l'importance particulière de cette décision qui peut entraîner la perte d'une bonne partie de l'actif de la faillite. Le commerce nouveau ne rentre pas, au moins directement, dans cet actif. Jusqu'à ce que la masse ait pris des mesures pour le réunir à son gage, il reste en dehors de la faillite. Le failli exerçant un commerce nouveau n'use que d'un droit personnel, non compris dans le dessaisissement, dont il conserve la disposition. Les engagements qu'il contracte lui restent personnels et ne peuvent, en aucun cas, nuire à la masse par l'introduction de nouveaux créanciers dans la faillite. Comment, dans ces conditions, pourrait-on songer à le faire autoriser par un des organes de la faillite ?

Si le failli n'a pas besoin d'être habilité pour se livrer au commerce, il ne pourrait non plus demander au syndic, au juge-commissaire ou au tribunal de commerce de fixer les conditions de son travail par rapport à la masse. Certes, il aurait tout intérêt à faire ainsi régler ses nouvelles opérations, mais on ne peut lui reconnaître un pareil droit. Ces organes de la faillite n'ont aucun pouvoir pour mettre l'actif de la nouvelle entreprise en tout ou en partie à l'abri de l'action de la masse des créanciers.

Si l'article 488 du Code de commerce donne au juge-commissaire le droit de régler les conditions du travail du failli, ce n'est qu'autant qu'il est employé par les syndics pour faciliter et éclairer leur gestion. Ce pouvoir se comprend alors qu'il s'agit d'une mesure d'administration de la faillite à laquelle le failli collabore, mais on ne saurait l'étendre à l'activité qu'exerce le failli en dehors de la liquidation. Le débiteur agit alors pour son propre compte et il ne peut user de ses droits que dans la limite

de la capacité dont il jouit pendant cette période. Les tiers avec qui il traite n'ont qu'à apprécier dans quelle mesure ils peuvent le faire et prendre leurs précautions en conséquence (1).

Il est arrivé cependant, en fait, que le failli ait obtenu une telle autorisation : un juge-commissaire avait autorisé un failli à faire des affaires à la commission uniquement pour ses besoins et ceux de sa famille. La Cour de cassation a décidé que « cette autorisation, qui ne lui était pas nécessaire, n'a en rien modifié sa situation vis-à-vis de la masse » (2). Cette solution s'imposait, car si le juge-commissaire avait entendu donner une telle portée à son autorisation, il avait outrepassé ses pouvoirs, et son ordonnance ne pouvait être opposable à la masse.

Certes, l'effort du débiteur malheureux ou imprudent qui a failli est méritoire. Celui-ci doit être encouragé lorsqu'il essaie de se relever, de retrouver pour lui et sa

(1) Trib. com. Seine, 6 janvier 1869. D. 1869, 3. 102; *Journ. des trib. com.* 1869, p. 149.

La Cour de Paris, dans un arrêt du 6 juillet 1855 (S. 1855, 2. 479. D. 1855, 2. 360) a aussi jugé que le syndic qui aurait déclaré explicitement au failli n'avoir de droits qu'à l'égard de l'actif social, sans avoir aucun droit sur les biens propres qui pourraient être le résultat de l'activité d'un des associés en faillite, « a excédé ses pouvoirs et qu'il n'a pu engendrer par ce fait, en dehors du droit commun, un droit au profit du failli et au détriment de la masse ».

(2) Cass., 5 novembre 1873. D. 1874, 1. 60; S. 1874, 1. 169.

La Cour de cassation a pris en considération que le débiteur ne se trouvait pas dans le besoin, la femme ayant des ressources suffisantes pour l'entretien de la famille, et qu'en conséquence la cause alléguée par le débiteur pour obtenir l'autorisation demandée était mensongère. Il ne semble pas cependant qu'elle aurait validé cette autorisation si cette circonstance n'avait pas existé. La Cour a surtout fait mention de cet état de choses afin d'éviter l'abandon d'une partie des nouvelles ressources au failli à titre de secours.

famille des moyens d'existence ; mais on ne saurait aller jusqu'à pouvoir restreindre en sa faveur les droits que la masse tient de la loi. Jusqu'à la clôture de sa faillite, il doit rester soumis aux effets de sa défaillance et subir toutes les conséquences qu'entraîne le dessaisissement. Ce régime est rigoureux pour le débiteur, mais il importe de remarquer que, s'il veut y échapper, il peut solliciter de la masse un traitement plus favorable et plus propice à la création d'une nouvelle entreprise commerciale. C'est à elle seule qu'il appartient, en effet, d'user d'une telle mesure de bienveillance. Le dessaisissement n'étant établi qu'en sa faveur, elle est parfaitement maîtresse d'en paralyser les effets au moins partiellement, en concédant, si elle le juge à propos, un concordat au failli.

Si le failli exerçant un commerce nouveau doit rester, dans cet exercice, soumis au dessaisissement, la jurisprudence et les auteurs sont cependant d'accord pour apporter des tempéraments au dessaisissement. Ceux-ci ont pour fondement l'idée que le travail, sous quelque forme que ce soit, est un droit strictement personnel dont la jouissance doit rester au failli. On laisse à celui-ci la possibilité d'acquérir, par une entreprise commerciale, un nouvel actif ; on se trouve, par ce fait même, conduit à lui permettre de le grever de certaines obligations, tant qu'en fait la masse lui en laisse la disposition. La profession commerciale exige, pour être utilement exercée, que l'on puisse continuellement contracter et exécuter des obligations. C'est pour ce motif que le mineur, une fois habilité, contracte librement pour les besoins de son commerce. Le failli doit jouir d'un avantage analogue par suite des mêmes nécessités. Capable d'entreprendre un commerce, tant pour assurer son exis-

tence que pour préparer sa réhabilitation, il doit pouvoir, en conséquence, stipuler et s'obliger, et même agir en justice pour tout ce qui concerne cette industrie nouvelle. Ce droit, qu'il est nécessaire de lui reconnaître, implique la faculté d'administrer les ressources que son activité a pu lui procurer.

La jurisprudence et les auteurs n'ont pas hésité à admettre ces solutions, si éloignées qu'elles semblent du dessaisissement. Il est même remarquable de constater que la loi de 1838, qui cependant avait posé en termes précis que le dessaisissement s'étend aux biens à échoir au failli tant que dure la faillite, n'a en rien modifié cette opinion. Si, sous le Code de commerce, l'on pouvait déduire une telle liberté d'action en faveur du failli, du fait qu'il conservait l'administration des biens récemment acquis, cela n'était plus possible sous l'empire de la loi nouvelle qui étendait expressément le dessaisissement aux biens échus pendant la faillite.

Pour maintenir une solution aussi libérale en faveur du débiteur, l'on s'est inspiré de l'esprit plutôt que du texte de la loi. Ce que la loi, dit-on, a voulu, c'est « dé fendre au failli tout ce qui tendrait à léser la masse, à aggraver sa position ; mais prohiber ce qui peut et doit améliorer cette position ou augmenter l'actif, ne pouvait être ni dans ses intentions, ni dans sa pensée » (1). Quelle aurait d'ailleurs été la condition du failli si on avait voulu appliquer rigoureusement les conséquences du dessaisissement ? Il est évident que l'exercice d'un commerce lui aurait été impossible, alors que c'est peut-être la seule

(1) BÉDARRIDE. — *Traité des faillites et banqueroutes*, t. I, n° 84 bis, p. 94.

voie qui lui soit offerte pour revenir à meilleure fortune. En fait, la loi aurait été tournée et, au lieu d'agir ouvertement, le débiteur aurait frauduleusement commercé sous le nom d'une tierce personne. En tous cas, c'est la masse qui, seule, aurait supporté les conséquences d'un tel raisonnement, soit que le failli demeurât inactif, soit qu'il n'opérât, tout au moins en apparence, que pour compte d'autrui. Elle eût ainsi perdu l'éventualité de voir un supplément d'actif venir se fondre dans la faillite et, bien souvent même, elle eût dû accorder au failli des secours dont elle peut se trouver dispensée.

Si le failli reste libre et seul maître de sa nouvelle industrie, en ce sens qu'il peut l'exercer comme il lui plaît et accomplir à cette occasion tous les actes qui lui conviennent, il n'en reste pas moins dessaisi de tout ce qu'il peut acquérir. Il lui est défendu de porter un préjudice quelconque aux droits de la masse qui, par contre, aura toujours la faculté de réunir à la faillite les acquisitions récentes. Il se trouve même que le nouvel établissement pourrait permettre vis-à-vis de la masse certaines fraudes : détournement d'actif, paiement privilégié de certains créanciers dans la masse qu'il importe d'éviter. Ainsi se justifient certaines règles restrictives de la capacité du failli que l'on est unanime à apporter à la création et à la gestion de l'entreprise fondée postérieurement à la faillite.

Ayant ainsi dégagé les principes généraux qui dominent la matière, entrons dans le détail en examinant successivement les conditions auxquelles le failli devra se soumettre pour pouvoir entreprendre un nouveau commerce et les pouvoirs d'administration qu'on doit lui reconnaître dans l'exercice de ce commerce.

SECTION II

Sous quelles conditions le failli peut entreprendre un nouveau commerce pendant sa faillite.

Le débiteur dessaisi ne peut en rien compromettre aucun élément de l'actif, qui est désormais sous la mainmise de ses créanciers et dont il ne peut plus disposer à leur rencontre. C'est cette règle qui motive les deux conditions auxquelles l'on soumet ordinairement l'entreprise d'un commerce nouveau par le failli :

1° Ce commerce doit être entrepris à l'aide de valeurs étrangères à la faillite non soumises au dessaisissement ;

2° La valeur de l'ancien fonds de commerce compris dans le dessaisissement ne doit pas être amoindrie par un détournement de clientèle (1).

§ 1. — Le nouveau commerce doit être entrepris
avec des valeurs étrangères à la faillite.

Par le jugement déclaratif de la faillite, le débiteur perd l'administration et la disposition des biens qu'il possédait à cette époque. Il ne saurait donc pouvoir les

(1) Ces deux conditions se ramènent, en réalité, à une seule : défense au failli de toucher, à l'occasion de son nouveau commerce, à tout ce qui est compris dans le dessaisissement. Cependant, nous préférons faire une place à part à l'étude d'un aspect particulier de cette condition : l'interdiction faite au failli de faire concurrence à son ancien établissement commercial. Nous adoptons cette division purement artificielle de la question parce que cette condition particulière présente des caractères nettement distinctifs et est d'une grande importance pratique. C'est, d'ailleurs, le plan qu'ont adopté la plupart de ceux qui ont écrit sur cette question.

utiliser dans un nouveau commerce. Lui reconnaître ce droit serait lui permettre de soustraire à la masse tout ou partie de son actif et d'échapper ainsi à toutes les conséquences de sa faillite. Les créanciers perdraient toutes garanties quant à la conservation de leur gage, et autant vaudrait effacer l'article 443 du Code de commerce (1).

Si l'on accorde au failli le droit d'entreprendre un commerce nouveau, c'est que, ne pouvant disposer des valeurs qui lui appartenaient avant la faillite, il est cependant nécessaire qu'il puisse chercher à assurer sa subsistance par ses propres moyens, mais on ne saurait aller jusqu'à lui permettre de pouvoir affecter à sa nouvelle entreprise les biens dont il est dessaisi. Aussi, est-il incontestable que l'exercice de la profession commerciale par le failli doit être subordonné à la condition qu'il n'emploie que des valeurs étrangères à la faillite auxquelles la masse ne saurait rien prétendre parce qu'elles échappent à sa mainmise. Les auteurs et la jurisprudence sont formels sur ce point (2). La Chambre des requêtes de la Cour de cassation a nette-

(1) Cette condition résulte, d'ailleurs naturellement, du but que se propose la faillite : la liquidation du patrimoine du débiteur. Permettre à celui-ci de disposer de ces biens dans un nouveau commerce serait la retarder au détriment des créanciers. Au reste, il n'y aurait aucun motif de favoriser plus le failli dont les biens sont en liquidation que celui dont la faillite a été close par union. La situation du failli, quant aux biens qu'il peut affecter à son nouveau commerce, n'est, ainsi déterminée, pas plus rigoureuse que celle où se trouve le débiteur après clôture par union de sa faillite. Seulement si, dans le cas qui nous occupe, il importe de formuler cette interdiction, c'est que le failli est encore titulaire de la propriété de ces biens, tandis qu'il l'a perdue lorsque sa faillite a été close par union.

(2) LYON-CAEN et RENAULT, t. VII, n° 248, p. 259. — PERCEROU, t. I, n° 528, note 1, p. 491.

ment formulé ce principe dans un arrêt du 16 novembre 1887 (1), où il est dit : « Attendu que si le failli, quoique dessaisi de l'administration de ses biens, peut, pour subvenir à ses besoins, entreprendre un nouveau commerce et garder la capacité nécessaire pour l'exercer, c'est à la condition qu'il n'y emploiera que des valeurs étrangères à la faillite », et elle en tire la conséquence « qu'il était donc incapable, lors dudit transport, de disposer de la créance par lui cédée, laquelle était une valeur de la faillite et faisait partie de l'actif dévolu à ses créanciers » (2).

Peut-être semble-t-il rigoureux d'exposer ainsi les tiers à la nullité de leurs opérations, tout au moins à l'égard de la masse. Mais c'est une nécessité. Il faut éviter toute fraude de la part du failli, sinon, au lendemain de la faillite, le débiteur ouvrirait impunément un magasin avec des valeurs détournées. Celui-ci a agi en violation des droits de la masse, il doit rester exposé à la sanction du dessaisissement. Il ne faut pas que, sous prétexte d'humanité, on puisse compromettre les intérêts des créanciers. La sanction que l'on prend à l'égard du failli frappe aussi ses cocontractants, mais ceux-ci ne peuvent guère se plaindre. L'état de faillite de leur débiteur devait

(1) S. 1888, 1.164 ; D. 1888, 1. 325.

(2) La Cour de cassation a affirmé ce principe pour la première fois dans un arrêt du 6 juin 1831 (S. 1831, 1.238, et les observations de M. le rapporteur Hue) et l'a confirmé dans de nombreuses décisions.

Cass., 12 janvier 1864 ; D. 1864, 130 ; S. 1864, 1. 17.

Cass., 22 novembre 1893 ; S. 1889, 1. 81 ; D. 1888, 1. 326.

Adde : Paris, 23 mars 1867 (*Journ. des Trib. com.* 1868, p. 236)

Lyon, 15 décembre 1893 (*Journ. des Trib. com.* 1894, p. 658).

leur être connu par la publicité du jugement déclaratif (1). Ils ont commis une faute en ne s'assurant pas que le failli avait la libre disposition des biens qu'il utilisait ; ils doivent en subir les conséquences (2).

Le failli, s'il ne peut affecter à sa nouvelle entreprise les biens qu'il possédait lors du jugement déclaratif, ne peut non plus, au moins en partie, y affecter tous ceux qui pourront lui advenir par la suite. L'article 443 du Code de commerce le dessaisit aussi des biens « qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite ». Cette formule comprend évidemment tout ce qu'il pourra

(1) Cette publicité est, depuis la loi du 18 mars 1919, créant le registre du commerce, complétée par une inscription de la déclaration de faillite sur ce registre (art. 5, 7^o), et l'art. 4, 12^e exige, lors de la création ou de l'acquisition d'un fonds, que soient mentionnés les établissements que le déclarant a précédemment exploités et ceux qu'il exploite dans le ressort d'autres tribunaux.

(2) Il est à remarquer, d'ailleurs, que les tiers qui ont contracté avec un failli dont la faillite a été close par union, sur les éléments d'actif omis dans la liquidation pour quelque motif que ce soit, sont exposés aux mêmes conséquences. Les auteurs ont alors tendance à admettre que le dessaisissement continue à frapper ces biens et que la masse peut invoquer la nullité des engagements pris par le failli sur ces biens. Cette nullité, si elle peut se justifier, n'en est cependant pas moins dure et injuste, car elle atteint des créanciers qui pouvaient, à bon droit, supposer que le débiteur avec lequel ils traitaient avait la libre disposition de ses biens.

Cass., 4 janvier 1898 (*Journ. des Faill.* 1898, art. 3120, p. 146 ; S. 1898, 1. 228).

Cass., 20 décembre 1886 ; S. 1887, 1. 411 ; D. 1887, 1. 309 ; An. D. C. 1886-1887, p. 105 (note Lacour).

Nancy, 27 juin 1896, D. 1898, 2. 177 (note Valéry).

LYON-CAEN et RENAULT, t. VIII, n° 1464 bis.

PERCEROU, t. II, n° 1087.

Contra : BOISTEL, Cours de droit commercial, n° 1087, et notes sous Lyon, 2 juin 1876 ; D. 1878, 2. 225 et sous Cass., 20 décembre 1886 ; D. 1887, 1. 309.

recueillir par succession ou par donation, mais doit-on, en vertu de cette disposition, interdire au failli d'utiliser dans son nouveau commerce, tout au moins en partie, les salaires qu'il a pu recevoir pour des services qu'il a fournis pendant sa faillite? L'interdiction semble bien rigoureuse.

On a prétendu cependant que l'on devait poser en principe que tous les biens d'un débiteur, même insaisissables, devaient rentrer dans le dessaisissement (1). Logiquement, le failli perdrait ainsi la libre disposition de la fraction insaisissable de ses salaires. En faveur de cette opinion, l'on fait remarquer que le Code a pourvu aux besoins du failli par l'attribution de divers objets de première nécessité (art. 469 du Code de commerce) et de secours alimentaires (art. 474 du Code de commerce). En conséquence, l'on ne peut songer à une application cumulative des dispositions concernant les valeurs insaisissables et de celles de la loi des faillites. Le droit du concours doit se suffire à lui-même. D'ailleurs, la généralité des termes de l'article 443 du Code de commerce implique une mainmise des créanciers sur tous les biens du failli, sans exception.

Cette conception semble exagérée et ses partisans sont obligés d'admettre des exceptions, notamment en ce qui concerne les rentes et pensions dues par l'Etat, qui détruisent leur principe. On ne comprend pas rationnellement qu'une valeur échappant au gage des créanciers

(1) RENOUARD, *Traité des faillites et des banqueroutes*, t. I, p. 294.

MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. II, n° 1184; Cfer. LYON-CAEN et RENAULT, t. VII, n° 242.

avant le jugement déclaratif tomberait sous leur mainmise par le seul effet de ce jugement. La nature civile ou commerciale de la profession du débiteur ferait varier le gage de ses créanciers. Il paraît préférable de déclarer que le dessaisissement ne s'applique pas aux biens déclarés insaisissables par la loi civile (1). Au reste, la masse profite indirectement de l'existence de valeurs insaisissables, car les secours qu'elle doit au failli se trouvent diminués en proportion de l'importance de ces valeurs. Le failli doit donc jouir librement de la partie insaisissable de ses salaires (2).

Même si ceux-ci ne sont pas insaisissables, il semble qu'on doive permettre au failli de les employer dans un nouveau commerce. En fait, s'ils ne sont pas trop élevés, les créanciers l'en laisseront d'autant plus volontiers profiter que, s'il en était privé, il cesserait de travailler. Dès que cet emploi n'a pas un caractère frauduleux ayant pour but de frustrer la masse, l'on ne saurait le défendre au failli, sauf au syndic à faire valoir, s'il le juge à propos,

(1) Il n'y aura lieu de faire exception à ce principe que dans la mesure où la loi des faillites est incompatible avec l'insaisissabilité édictée par d'autres lois. C'est ainsi que les biens déclarés insaisissables par l'article 592 du Code de procédure civile n'échapperont pas au dessaisissement, les articles 469 et 474 du Code de commerce répondant aux considérations d'humanité dont procède cet article 592 ayant autrement réglé leur sort.

(2) Cass., 10 novembre 1902 ; D. 1903, 1.201 (note Thaller) ; S. 1903, 1. 63 (note Lyon-Caen).

LYON-CAEN et RENAULT, t. VII, n° 243.

PERCEROU, t. I, n° 528, p. 490 et n° 551 et s., p. 517 et s.

Sont insaisissables de droit commun les 9/10^e des salaires des ouvriers et gens de service, quel que soit leur montant, et les 9. 10^e des traitements d'employés ou fonctionnaires, lorsqu'ils n'excèdent pas 6.000 francs (loi du 12 janvier 1895, modifiée par la loi du 27 juillet 1921, Code du travail, livre 1, art. 61).

les droits que lui donne le dessaisissement sur ces biens. Le failli pourra donc utiliser dans son nouveau commerce les économies qu'il a pu réaliser sur ses gains. Celles-ci, d'ailleurs, auront pu être facilitées par les circonstances particulières dont profite le débiteur, soit que, par suite du régime matrimonial auquel il est soumis, il puisse assurer déjà, au moins en partie, son entretien (1), soit qu'il possède un bien de famille insaisissable (2).

Parfois aussi le débiteur aura à sa disposition des biens qui lui ont été donnés ou légués sous condition d'insaisissabilité. La jurisprudence admet qu'une telle clause peut être valablement insérée dans un testament ou une donation, sans qu'il soit nécessaire d'y joindre une clause d'inaliénabilité. Ses effets ne se produisent d'ailleurs, dans les limites de la quotité disponible, qu'à l'égard des créanciers antérieurs à la libéralité, sans que les créanciers postérieurs puissent se la voir opposer utilement (3). L'emploi de cette clause présente l'avantage,

(1) C'est ce qui pourra se produire lorsque les époux sont placés sous le régime de séparation de biens. L'époux qui n'est pas en faillite et a des ressources suffisantes se trouve, en effet, obligé de subvenir aux besoins du ménage.

Un arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1873 (D. 1874, 1. 60 ; S. 1874, 1. 169) en fournit un exemple pratique.

(2) La loi du 12 juillet 1909 a permis de créer, jusqu'à concurrence de 8.000 francs, un bien de famille insaisissable, ainsi que ses fruits, même en cas de faillite ou de liquidation judiciaire (art. 10).

(3) Il n'y a sur ce point aucune difficulté lorsque la clause d'insaisissabilité ne porte que sur des meubles. L'on applique, en ce cas, l'article 582 du Code de procédure civile. Lorsque la clause porte sur des immeubles, des divergences se sont produites entre les auteurs, faute de texte visant expressément la situation. Si certains ont admis que la condition devait être réputée non écrite vis-à-vis de tous les créanciers, postérieurs ou antérieurs à la libéralité, la majorité à laquelle s'est ralliée la jurisprudence admet qu'elle doit rester sans

en cas de faillite, de permettre au testateur ou au donateur d'assurer au failli des ressources auxquelles les créanciers compris dans la faillite ne peuvent porter atteinte. Dès que la libéralité affectée d'une telle condition est postérieure au jugement déclaratif, elle échappe à la mainmise de la masse, malgré la généralité du dessaisissement. Celle-ci, au reste, ne peut s'en plaindre (1). Il s'agit de biens qui n'étaient pas dans le patrimoine du failli lors du jugement déclaratif et qui sont venus s'y ajouter sous la condition que ces créanciers n'en profiteraient pas. Cette condition ne leur cause aucun préjudice car, si elle n'avait pu être insérée, la libéralité n'aurait pas eu lieu. Bien plus même, la masse peut en retirer certains avantages, car elle se trouvera souvent dispensée d'allouer des secours au failli et, si celui-ci consent sur ces biens tous les sacri-

effet vis-à-vis des créanciers postérieurs seuls, parce qu'elle n'est qu'une manifestation légitime du droit de disposer. (En ce sens : AUBRY et RAU et BARTIN, *Traité de droit civil*, t. II, § 692, p. 198. — GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, t. III, p. 521 et s. ; Cass., 10 mars 1852 ; S. 1852, 1. 344 ; D. 1852, 1. 111 ; Cass., 20 décembre 1864 ; S. 1865, 1. 9 ; D. 1865, 1. 24 ; P. 1865, 11 (note Bourguignat en ce sens). — *Contra* : DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XVIII, n° 111. — LAURENT, *Traité de droit civil*, t. XI, n° 471).

(1) MASSÉ, t. II, n° 1185 *ter*, p. 363 et s.

LYON-CAEN et RENAULT, t. VII, n° 244.

PERCEROU, n° 554, p. 521 et 522.

RENOUARD, t. I, p. 296 et s. Ce dernier auteur avait admis, dans la deuxième édition de son ouvrage, que cette clause pourrait être annulée « s'il était démontré qu'elle n'a été introduite que pour nuire aux créanciers et procurer au débiteur des biens supérieurs à ses besoins ». Nous ne croyons pas que l'on puisse introduire ici une pareille distinction. Le donateur ou le testateur, lorsqu'il insère pareille condition dans sa libéralité, n'agit pas dans une intention frauduleuse, il vise seulement à assurer la protection de son donataire ou de son légataire. D'ailleurs cet auteur a lui-même abandonné cette manière de voir dans sa troisième édition.

fices que les créanciers lui demandent, la formation d'un concordat pourra être facilitée.

En général, le débiteur ne se procurera ainsi que des ressources insuffisantes pour pouvoir se livrer à nouveau à une profession commerciale. Aussi, le plus souvent, il aura recours au crédit qu'il a pu conserver auprès de ses parents, de ses amis ou de ses fournisseurs; les uns lui prêteront les capitaux dont il peut avoir besoin, soit pour acquérir un fonds, soit pour alimenter le fonds de roulement; les autres lui feront crédit en lui accordant des délais suffisants pour qu'il puisse payer les fournitures effectuées.

Seulement, le débiteur étant d'une solvabilité douteuse, ces nouveaux créanciers prendront souvent leurs précautions en exigeant de sa part des garanties suffisantes. Ils peuvent, en effet, toujours craindre une immixtion des créanciers de la masse dans les nouvelles opérations du failli afin d'appréhender les biens de formation récente. En fait, ils exigeront du failli l'engagement solidaire d'un tiers ou demanderont que les traites tirées sur lui soient avalisées. Il se pourra même, si les avances faites au débiteur sont assez importantes, que le créancier exige un nantissement du fonds de commerce. C'est ce qui se présentera fréquemment dans certains genres de commerce où le droit au bail et l'installation constituent la valeur principale (1), les approvisionnements en marchandise étant souvent insignifiants.

Il se pourra aussi que certains de ces nouveaux créanciers se trouvent armés par la loi d'un droit de

(1) Cela se produit fréquemment pour les fonds de café, où les brasseries consentent des avances importantes, afin d'assurer l'écoulement de leurs produits.

préférence, à l'encontre des autres créanciers. Le vendeur du fonds de commerce actuellement exploité par le failli se trouvera en particulier dans cette situation lorsque, suivant les habitudes du commerce, il n'a pas été payé intégralement. Il bénéficie alors du privilège du vendeur que règlemente la loi du 17 mars 1909, et qui porte même sur les marchandises (1).

Il n'est donc pas impossible au failli de se procurer les moyens nécessaires à l'exercice d'un commerce, sans nuire aux droits de la masse. Mais il peut aussi devenir commerçant sans avoir personnellement de fonds à fournir; cela se produit lorsqu'il entre dans une société comme associé. Ayant la pratique des affaires ou d'une industrie, mais ne pouvant, par suite du dessaisissement, disposer que de capitaux insuffisants, il cherchera à utiliser ses connaissances en devenant associé. Il fournira son habileté commerciale, et ses associés apporteront les capitaux nécessaires à l'entreprise.

La Cour de Paris, dans un arrêt du 27 avril 1872 (2), a fait une application particulièrement intéressante de cette idée. Un failli avait découvert un procédé pour la diminution des tricots sur le métier hollandais. Cette découverte fut communiquée à un tiers qui prit un brevet après l'avoir perfectionnée. Une société fut créée pour son exploitation et sa gestion confiée au failli, moyennant une participation aux bénéfices. Le syndic intenta une action

(1) Il eût peut-être convenu d'examiner ici si le failli avait une capacité suffisante pour consentir seul à des actes aussi graves que le nantissement. Nous avons considéré qu'il était plus logique d'exposer ce point dans la partie de cet ouvrage relative à la capacité du failli commerçant. Voyez *infra*, p. 34 et s., et en particulier p. 39 et 40.

(2) S. 1872, 2. 90; D. 1873, 2. 225.

en détournement d'une valeur de l'actif de la faillite ; mais la Cour repoussa sa demande pour le motif que « cette découverte, qui n'avait eu jusque-là aucun résultat commercial, devait, dès lors, être considérée comme restant la propriété intellectuelle de l'inventeur qui restait maître d'en disposer dans son intérêt personnel, qu'ainsi elle ne faisait pas partie de l'actif de la faillite ». Il est évident que la découverte n'existant qu'à l'état de théorie, échappait par sa nature à toute mainmise de la part de la masse. Le failli avait toute liberté de l'utiliser ou d'en disposer à son gré. Il pouvait prendre un brevet pour l'exploiter personnellement ou la céder moyennant une rémunération à un tiers qui la ferait sienne par l'obtention d'un brevet. En tous cas, le syndic conservait le droit, par suite du dessaisissement dont sont atteints les biens à venir, d'exiger que le brevet, s'il avait été pris au nom du failli, ou son prix s'il avait été cédé, fût versé à la masse, car alors l'invention aurait revêtu une forme pécuniaire permettant de la considérer comme comprise dans le patrimoine du failli (1).

Si le failli peut apporter à une société son habileté commerciale ou industrielle, il lui est rigoureusement interdit de faire apport de quoi que ce soit qui fit partie de son ancien commerce.

L'ancienne entreprise du failli se composait d'éléments divers : clientèle, enseigne, marques de fabrique et de commerce (2), nom commercial, brevets, secrets de

(1) *POUILLET, Traité des brevets d'invention*, n° 89, p. 139.

(2) Parmi les marques de fabrique, on distingue les marques emblématiques et les marques nominales. Si l'on peut interdire au failli l'usage des premières, il pourrait s'élever des doutes quant à l'interdiction de l'usage des secondes. Cependant, il ne faut pas hésiter

fabrication et d'affaires, etc. Tous ces éléments sont devenus, par l'effet du dessaisissement, le gage des créanciers dans la masse qui, seuls, peuvent exploiter l'ancien fonds de commerce après avoir rempli les conditions déterminées par l'article 470 du Code de commerce. Le failli ne peut en disposer et, en conséquence, les utiliser dans son nouveau commerce. Cela est incontestable car, permettre au failli de s'en servir à nouveau, c'est l'autoriser à faire concurrence à la masse et réduire de beaucoup la valeur de l'ancien fonds. Au reste, il n'y aurait pas lieu de faire mention spéciale de cette interdiction si le détournement de clientèle ne soulevait une difficulté particulière : c'est l'objet de la deuxième condition à laquelle on soumet l'exercice par le failli d'un nouveau commerce.

§ 2. — La valeur de l'ancien fonds ne doit pas être amoindrie
par un détournement de clientèle.

Pour éviter que le nouveau commerce n'amoindrisse la valeur de l'ancien fonds par un détournement de clientèle, l'on a parfois soutenu qu'il devait être différent

ter à l'admettre. Ces dernières, si elles ont peut-être un caractère personnel plus marqué que les premières puisqu'elles peuvent consister dans la signature apposée sur certains produits, n'en ont pas moins un caractère pécuniaire évident, qui doit avoir pour conséquence de les faire rentrer dans le gage de la masse. Plusieurs motifs doivent conduire à adopter cette solution. Tout d'abord, le failli conserve l'usage de son nom dans la vie civile, et ainsi tous ses intérêts sont sauvegardés. En outre, l'utilisation nouvelle de ces marques par le débiteur aurait pour résultat un détournement de clientèle qui lui est interdit. C'est ce qui détermine les limites de l'interdiction : si le failli exerce un commerce similaire ou identique, il ne peut utiliser ses anciennes marques nominales, mais il a la faculté d'employer des marques emblématiques qu'il a créées après sa faillite. S'il exerce un commerce nettement différent, il peut encore utiliser ses marques nominales.

Voir : *POUILLET, Traité des marques de fabrique*, ch. 3, p. 85.

de l'ancien (1). Le motif, dit-on, est que si le failli peut se rétablir dans le même genre de commerce, il fera, par ce seul fait, concurrence soit à la masse tant que le fonds reste entre les mains du syndic, soit au tiers acquéreur du fonds aliéné par le syndic. C'est là une exigence trop absolue, qui conduit à faire défense au failli d'exercer une profession qui est peut-être la seule qu'il ait jamais exercée et pour laquelle il présente des aptitudes. Ce que l'on peut seulement réclamer du failli, c'est de s'abstenir de tout acte de concurrence illicite envers la masse ou l'acquéreur du fonds.

Il doit seulement lui être défendu de porter préjudice à ces derniers par l'exercice d'un commerce analogue au précédent. Dès que le préjudice devient impossible, il peut librement créer une entreprise commerciale. Certes, il lui est interdit de se livrer à des actes ayant pour objet de discréditer son ancienne exploitation ou tendant à créer une confusion dans l'esprit du public entre les deux établissements. C'est là une forme de concurrence interdite à tous les commerçants. En outre, par suite de l'existence de l'ancien fonds dont il a perdu l'administration et la jouissance, il ne peut, sans accomplir un acte de concurrence illicite, chercher à attirer de nouveau à lui son ancienne clientèle. C'est tout ce dont on peut lui faire défense. Dès qu'il prend les précautions nécessaires pour respecter cette condition, il a la faculté de créer un commerce similaire ou identique au précédent.

Si le fonds est encore entre les mains de la masse, que celle-ci l'exploite provisoirement ou non, il est évident que par suite de l'effet du dessaisissement, le

(1) BOISTEL, n° 912, p. 645.

failli, quoique encore propriétaire de ce fonds, ne saurait pouvoir faire concurrence à ses créanciers. La clientèle de l'entreprise qu'il exploitait fait partie du gage de la masse et l'on ne peut laisser au failli la faculté d'essayer de la ressaisir au profit d'un nouvel établissement de même nature que le précédent. Quant au point de savoir dans quelle mesure il ne pourrait se livrer au même genre de commerce, c'est seulement une question de fait qui dépend des circonstances et ne peut être résolue que par l'examen de chaque espèce, sans que l'on puisse poser d'autre règle générale que celle qui soumet la validité des opérations nouvelles à la condition qu'elles ne puissent être préjudiciables à la masse. Sans doute, celui qui établirait un commerce similaire dans le voisinage de son ancien magasin, dans le seul but d'attirer son ancienne clientèle, pourrait se voir intimer par jugement défense formelle de continuer ce commerce. Il échappera à toutes critiques de ce chef s'il s'établit à une distance suffisante pour éviter tout déplacement de clientèle et s'abstient de toutes manœuvres propres à provoquer ce déplacement. C'est ainsi que, pour les petits commerces d'alimentation ou de mercerie, par exemple, où la clientèle se recrute dans le quartier, il suffira, dans les grandes villes, d'un changement de quartier. Dans la plupart des cas, le failli se trouvera obligé de changer de ville ou de région. Il en sera ainsi, en particulier, lorsque celui-ci pourrait conserver son ancienne clientèle en se déplaçant ou par l'intermédiaire de commissionnaires ou de représentants (1).

^{*}(1) Une difficulté particulière se présentera lorsque le failli avait une clientèle très disséminée et qui se compose d'éléments changeants. C'est ce qui se produit fréquemment lorsque les commandes ne sont recrutées qu'à l'aide d'annonces, de prospectus, de catalogues, genre

Pour faire respecter ses droits et éviter tout préjudice de ce chef, la masse a, du reste, plusieurs moyens à sa disposition. Elle peut obtenir un jugement faisant défense au failli de continuer le commerce dans ces conditions, ou édictant diverses mesures coercitives qui sont, en cette matière, du pouvoir des tribunaux (1). Elle peut aussi, et c'est ce qu'elle fera le plus souvent, appréhender tous les biens qui proviennent de ce commerce et, ainsi, en rendre l'exercice impossible au failli. C'est donc l'intérêt du débiteur lui-même d'éviter un préjudice quelconque à la masse par l'exercice de son nouveau commerce.

S'il est interdit au failli de détourner la clientèle de l'ancien fonds de commerce, tant que celui-ci est entre les mains de la masse, en sera-t-il de même lorsque celle-ci aura réalisé le fonds en le cédant à un tiers (2) ?

de vente utilisé par exemple pour l'habillement, le mobilier et surtout dans les ventes à crédit. Dans ces conditions, il devient difficile d'interdire au failli, qui a créé un commerce identique, de solliciter des clients dans une zone déterminée. Le seul moyen qui puisse être utilisé est d'exiger du failli qu'il donne à sa nouvelle entreprise des caractères distinctifs permettant d'éviter, dans l'esprit du public, toutes confusions avec son ancien établissement et, en particulier, de l'obliger à s'établir dans une autre ville. (Paris, 3 décembre 1890, et Cass., 21 juillet 1891, *Journ. des Faill.* 1891, p. 14 et 482 ; D. 1891, 1. 942 ; S. 1891, 1. 377.)

(1) Voir : BARBIER, *Concurrence déloyale*, p. 175 et s.

(2) En principe, la vente des biens du failli n'a lieu qu'après formation de l'union, mais il se peut que, par suite des nécessités financières de la liquidation, cette vente doive être réalisée avant cette période. Cependant il est assez rare, en fait, que l'on vende alors le fonds de commerce, car le prix en est souvent absorbé par un créancier privilégié et la formation du concordat est devenue impossible. On ne recourra à cette mesure qu'autant qu'il n'existe pas d'autres éléments à réaliser. (Paris, 9 juillet 1873, *Journ. des trib. com.*, 1873, p. 511 ; Trib. com. Riom, 23 juillet 1913 ; S. 1916, 2. 33.)

On ne saurait en douter. L'interdiction, si elle n'est plus alors justifiée par le dessaisissement du débiteur, a pour base la garantie du fait personnel que doit le failli à l'acquéreur. La vente a été réalisée par le syndic, qui agit au nom et comme représentant légal du failli. En réalité, c'est le failli qui est vendeur du fonds et, comme tel, il doit garantie au cessionnaire de son fait personnel. Il en résulte qu'il lui est interdit de troubler celui-ci par des actes de concurrence susceptibles de lui enlever une partie de sa clientèle.

En fait, le plus souvent, le syndic, pour faciliter la vente du fonds, aura inséré dans le cahier des charges l'interdiction, imposée au vendeur, de se rétablir dans un rayon ou dans un délai déterminé (1). C'est un droit que l'on ne saurait contester au syndic chargé de réaliser l'actif dans les meilleures conditions (2). On objecterait en vain qu'insérer une telle interdiction revient à disposer d'un droit personnel, acte dépassant les pouvoirs du syndic. La clause de ne pas ouvrir un commerce similaire n'est qu'une promesse de garantie du fait personnel, et cet engagement n'est qu'une conséquence rationnelle

(1) Cette vente, pas plus que toute autre vente de fonds de commerce, ne saurait comporter une clause par laquelle le vendeur s'interdit d'une façon absolue, illimitée quant au temps et quant au lieu, d'exercer un commerce semblable. Cela répugne au principe moderne de la liberté du commerce et de l'industrie (Loi du 2-17 mars 1791). Une jurisprudence constante considère cette clause comme nulle pour ce motif. DALLOZ : *Répertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence*. Supplément : V. Faillite, n° 438, p. 335 ; Cass., 17 mai 1911 ; D. 1913, 1. 342 ; PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle*, t. I, p. 65 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. III, n° 284 bis.)

(2) Cass., 9 février 1898, D. 1903, 1. 605.

de la cession même (1). Son seul but est de supprimer certaines difficultés relatives au rayon réservé à l'acheteur, et si elle n'avait pas été insérée, il n'en serait pas moins résulté pour le failli une interdiction limitée de se rétablir dans un commerce analogue. L'achalandage, qui constitue une valeur intrinsèque du fonds, doit donc pouvoir être réalisé sous cette condition, dont le respect s'imposera au failli.

Si, après cession du fonds, le débiteur troublait, par des actes de concurrence, l'acquéreur de l'ancien fonds de commerce, ou violait la clause limitée de non-rétablissement, l'acquéreur pourrait recourir aux tribunaux pour ordonner les mesures propres à faire cesser ce trouble, fût-ce même par la fermeture du nouvel établissement, et se faire allouer des dommages-intérêts ; mais, en aucun cas, il ne pourrait s'adresser à la masse pour exiger qu'elle mette fin à cette concurrence ou réclamer réparation du préjudice subi. Celle-ci a agi comme représentant du failli et ne doit aucune garantie quant au fonds vendu (2).

Le droit du failli d'entreprendre un nouveau négoce étant ainsi limité quant aux biens qu'il peut y affecter, n'est d'ailleurs soumis à aucune autre exigence. Dès qu'il

(1) Paris, 3 décembre 1890, et Cass., 21 juillet 1891 ; S. 1891, 1. 377 ; D. 1891, 1. 942 (*Journ. des Fail.*, 1891, p. 14 et 482).

Ces arrêts ont nettement posé le principe que l'interdiction de se rétablir existe à l'encontre du failli, même quand elle ne résulte qu'implicitement du cahier des charges dressé par le syndic. En conséquence, ils ont interdit au failli de s'établir à nouveau dans l'enceinte de la Ville de Paris.

(2) Alger, 24 avril 1878, D. 1880, 2. 7. — Le Syndic vend un hôtel, puis le failli ayant obtenu un concordat par abandon d'actif, ouvre un établissement rival et fait appel à son ancienne clientèle. La Cour a décidé, à juste raison, que « les syndics étaient les repré-

respecte les droits de la masse, en évitant de lui porter préjudice, il peut librement opérer sur ces biens, ainsi que sur ceux que son nouvel établissement pourra lui procurer.

SECTION III

Capacité du failli dans la gestion de son nouveau commerce.

Le principe étant admis que le failli peut exercer le commerce, il doit en résulter qu'il a le droit d'administrer les biens nouveaux créés par cet exercice, de contracter, d'aliéner, d'ester en justice sans la présence du syndic. Ce droit est entier pour le failli. Dès qu'il agit sans fraude à l'égard de la masse, les engagements qu'il a pu souscrire à l'occasion de son nouveau commerce sont valables. S'ils fournissent matière à un procès, il pourra seul agir en justice tant comme demandeur que comme défendeur. Néanmoins, la liberté du débiteur n'est pas absolue. Il reste soumis au dessaisissement. C'est pourquoi la masse sera armée d'un droit de contrôle et de surveillance sur ses opérations, afin de s'assurer qu'elles ne lui portent aucun préjudice. Telles sont les grandes

sentants légaux du failli, qui n'avait pas à concourir à l'acte pour être obligé », et en a conclu que l'action en dommages-intérêts intentée par l'acquéreur était mal fondée contre le syndic, mais bien fondée contre le failli.

Dans le même sens : LYON-CAEN et RENAULT, t. VIII, n° 688. — PERCEROU, t. II, n° 1427 *bis*, p. 513 et 514. — Paris, 3 décembre 1890 et Cass. 21 juillet 1891 précités. — *Contra* : Amiens, 30 avril 1875. — DALLOZ, *Répertoire* supplément, V. Faillite, p. 493, note 1.

lignes d'une doctrine que la jurisprudence, non sans avoir montré quelques hésitations, a construite peu à peu, au fur et à mesure que la question se posait devant elle, et que les auteurs ont consacrée.

Cette théorie, dont les bases ont été posées dès la mise en vigueur du Code de commerce, s'est rapidement développée après la loi de 1838, étendant expressément le dessaisissement aux biens à venir. Ce n'est qu'à partir des arrêts de la Cour de cassation des 8 mars 1854, 21 février 1859, et surtout du 12 mars 1864 (1), qu'elle revêt sa forme définitive. Jusqu'à ce moment, la jurisprudence, si elle affirme déjà le principe que le failli est capable dans son commerce nouveau et reconnaît le maintien du dessaisissement à l'égard des biens récemment acquis, est souvent indécise (2). Elle tranche seulement l'espèce qui l'occupe, sans dégager nettement les contours des droits respectifs du failli et de la masse. Parfois même elle s'attache à des considérations particulières, pour justifier les solutions qu'elle admet. Ainsi la Cour de Paris semble bien ne reconnaître la validité des engagements du failli qu'à la condition que les tiers aient été de bonne foi et aient ignoré l'état de faillite de leur cocontractant lorsqu'ils se sont engagés (3).

(1) Cass., 8 mars 1854; S. 1854, 1. 238; D. 1854, 1. 94.

Cass., 21 février 1859; S. 1859, 1. 97; D. 1859, 1. 555.

Cass., 12 mars 1864; S. 1864, 1. 17; D. 1864, 1. 130.

(2) Bourges, 28 août 1813; DALLOZ, *Répertoire*, V. Faillite, n° 195, note 3, p. 82.

(3) Paris, 22 janvier 1840 (S. 1840, 2. 116; P. 1847, 1. 137) et 26 juin 1851 (S. 1851, 2. 572; D. 1852, 1. 85).

L'arrêt de la Cour de Paris du 22 janvier 1840 donne même nettement comme fondement de la validité des engagements des tiers « qu'ils ont pu être trompés par l'erreur commune ».

Dans les écrits des auteurs de droit commercial, l'on peut relever des indécisions du même genre. Ceux-ci, moins en contact avec les nécessités pratiques, plus attachés à une application rigoureuse des principes juridiques et de leurs déductions, sont même souvent hostiles à l'idée de laisser une telle liberté d'action au failli. Alauzet tendrait à refuser au failli le droit de commercer, tout en lui reconnaissant celui de travailler (1). Renouard, lui aussi, semble bien enclin à adopter la même solution. Ne dit-il pas que « le dessaisissement qui ôte au failli l'administration de tous ses biens, n'entraîne pas son interdiction et ne le place pas sous la curatelle de ses créanciers. Ce principe est vrai, mais l'on en tire une conséquence qui n'y est pas renfermée lorsqu'on en conclut qu'il pourra s'engager et contracter valablement, qu'il pourra se livrer au commerce et entreprendre des opérations avec des fonds que des amis ou des parents lui fourniraient à cet effet, en dehors de l'actif dévolu à la masse de ces créanciers » (2). Ces deux auteurs vont même jusqu'à refuser au failli le droit d'agir seul en justice, et Massé se rallie, lui aussi, à cette manière de voir (3).

C'est seulement les auteurs qui ont écrit au lendemain de l'arrêt de 1864 qui admettront sans conteste les solutions libérales acquises par la jurisprudence.

Exposons maintenant le système qu'ils ont consacré quant à la capacité du failli.

(1) ALAUZET, t. VII, n° 2462, p. 106.

(2) RENOUARD, t. I, p. 300.

(3) MASSÉ, t. II, n° 1197.

§ 1. — CONTRATS

L'exercice d'un commerce exige l'accomplissement journalier d'actes juridiques. Ces actes, le failli peut les réaliser seul, sans aucun concours du syndic, et la masse ne peut les critiquer (1). Dès qu'ils concernent sa nouvelle entreprise, ils sont parfaitement valables, la masse ne pourra les faire annuler qu'autant qu'ils lui portent préjudice ou qu'ils se proposent un but frauduleux (2).

Il convient toutefois de refuser au failli l'exercice des droits qui lui sont expressément interdits par la loi. C'est

(1) Que convient-il d'entendre sous cette dénomination : « Actes se rapportant au nouveau commerce ? » Les tribunaux et les auteurs emploient couramment cette expression, mais jamais ils ne la précisent. L'on pourrait croire, à première vue, qu'il ne s'agit que des actes de commerce, tels que le Code de commerce les détermine (art. 632 et s.); mais ce serait restreindre la capacité du failli plus qu'on ne veut le faire. Il résulte, tant des arrêts que de la doctrine, que l'on doit donner à cette expression un sens beaucoup plus large et y faire rentrer des actes qui, à proprement parler, ne sont pas commerciaux. C'est ainsi qu'il faudra reconnaître capacité au failli de se livrer à des opérations immobilières dans la mesure où cela peut être utile à son commerce. Un jugement n'a ainsi pas contesté la validité d'acquisitions d'immeubles et de constitutions d'hypothèques réalisées par le failli (Trib. de com., Amiens, 29 décembre 1896, *Journ. des Fail.*, 1897, art. 2232, p. 75).

(2) Paris, 22 janvier 1840 ; S. 1840, 2. 116 ; D. 1847, 1. 137. Cass., 12 janvier 1864 ; D. 1864, 1. 130 ; S. 1864, 1. 17. Cass., 27 mai 1910 ; D. 1910, 1. 447 ; S. 1911, 1. 277.

Si un arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1873 (D. 1874, 1. 60) a annulé la cession d'une créance faite par le failli en remboursement de sommes à lui prêtées, c'est uniquement pour le motif que cette cession ne visait qu'à avantager un créancier au détriment des autres.

ainsi qu'il ne pourrait, d'après l'article 603 du Code de commerce, se présenter à la Bourse, ni en vertu de l'article 50 du décret du 16 janvier 1808, faire escompter son papier à la Banque de France. Mais dès que la loi ne présente pas de dispositions expresses contraires, le débiteur peut prendre tous les engagements qui lui conviennent, quelle que soit leur importance. Un arrêt de la Cour de Lyon (1) avait voulu, à ce sujet, introduire une distinction. Seuls seraient permis au failli les actes qui, « d'une importance minime ou d'une pratique journalière, échappent souvent, soit par l'effet de la tolérance, soit par la force même des choses, à la rigoureuse application de la loi ». Quant aux actes plus conséquents, il lui serait interdit de les accomplir sans le concours du syndic en vertu du dessaisissement.

Le failli serait ainsi placé dans une situation analogue à celle de la femme mariée. Celle-ci, qui est incapable, ne peut seule accomplir aucun acte juridique. Cependant, par suite d'une nécessité de fait, on lui accorde le droit de passer, sans procuration du mari, les actes ménagers, c'est-à-dire ceux qui concernent les fournitures nécessaires au ménage et les dépenses courantes. On justifie, d'ailleurs assez mal, ce pouvoir qu'on lui reconnaît par l'idée qu'elle aurait reçu de son mari une procuration tacite (2).

(1) D. 1864, 1. 130; S. 1864, 1. 17.

(2) Ce n'est là qu'un raisonnement construit après coup, souvent insuffisant pour valider des actes dont une nécessité impérieuse exige le libre accomplissement par la femme. Le mandat est souvent hypothétique, surtout lorsque la femme est séparée de fait du mari. Il eût été plus conforme à la réalité de lui reconnaître un pouvoir propre, analogue à la « Schlüsselgewalt » allemande, mais la loi ne l'ayant pas fait, la jurisprudence ne l'a pas osé.

L'on ne peut songer à reconnaître au failli exerçant un commerce nouveau une condition identique à celle de la femme mariée. Tout d'abord il n'est en aucune façon le mandataire de la masse. Il se trouve même que, par suite de sa faillite, le failli a complètement cessé de représenter ses créanciers. L'entreprise par le failli de nouvelles opérations commerciales n'entraîne pas non plus, de la part de la masse, la concession d'un mandat tacite. Le failli n'a aucun compte à rendre à ses créanciers qui ont, au contraire, le droit de surveiller ses nouvelles opérations. Les obligations qu'il contracte n'engagent que lui seul et, en aucun cas, la masse des créanciers ne sera contrainte de les exécuter à l'aide des biens que le dessaisissement lui a affectés en paiement à l'exclusion de tous autres créanciers. En outre le failli, à la différence de la femme mariée, reste capable, sauf à ne pouvoir porter préjudice à ses créanciers. Lorsque l'on considère le failli capable de se livrer au commerce, comment pourrait-on ensuite lui en refuser le droit sous prétexte d'incapacité ? C'est ce qu'à parfaitement compris la Cour de cassation dans son arrêt du 12 janvier 1864 (1), repoussant une telle distinction basée sur l'importance des actes et affirmant catégoriquement que le failli pouvait administrer les ressources qu'il se procure par son travail ou par son nouveau crédit. Le rôle du syndic n'est plus alors un rôle d'habilitation, mais un simple rôle de surveillance afin d'éviter tout préjudice à la masse. L'ensemble des auteurs est, au reste, parfaitement d'accord sur ce point, que la jurisprudence a consacré par de nombreuses décisions.

(1) D. 1864, 1. 130; S. 1864, 1. 17.

Ainsi le failli peut acheter un établissement commercial sous la seule condition d'en effectuer le paiement du prix avec des fonds qui sont à l'abri de toutes recherches du chef de la faillite (1), librement céder l'établissement ainsi acquis (2). Il a aussi le droit de fonder une Société ou d'entrer dans une société déjà existante (3), surtout lorsqu'il n'y apporte que ses aptitudes commerciales, les fonds étant exclusivement fournis par les commanditaires (4), ou lorsque celle-ci se propose l'exploitation d'une découverte du failli cédée par lui à un tiers qui l'a fait breveter (5).

Dans la gestion de sa nouvelle entreprise, le débiteur peut passer tous les actes nécessaires, contracter ou résilier un bail (6), passer avec des tiers tous les marchés de fournitures relatifs à son négoce (7).

(1) Paris, 9 juillet 1883 (*Journ. des Trib. com.* 1887, p. 165 ; *Journ. des Fail.* 1884, art. 283, p. 519).

(2) Cass., 12 janvier 1864, précité.

(3) Trib. civ. Seine, 13 août 1883 (*Journ. des Fail.* 1883, p. 519 ; *Journ. des Trib. com.* 1884, p. 432).

(4 et 5) Trib. com. Seine, 12 avril 1897 (*Gazette du Palais* 1897, 1. 675).

Paris, 27 avril 1872 ; S. 1872, 2. 91.

Paris, 20 décembre 1899 (*Journ. des Fail.* 1900, art. 3408, p. 155).

Contra : Trib. com. Lyon, 31 mai 1900 (*Journ. des Fail.* 1901, art. 3539, p. 78).

(6) Cass., 12 janvier 1864, précité.

(7) Douai, 11 novembre 1856 ; S. 1857, 2. 306.

Trib. civ., Nogent-le-Rotrou, 15 janvier 1897 (*Gazette du Palais*, 1898, 1, sup. 2).

Trib. com. Nantes, 7 novembre 1903 (*Journ. des Fail.* 1904, art. 4213, p. 519).

Paris, 27 octobre 1903 (*Gazette du Palais* 1903, 2. 566 ; *Journ. des Fail.* 1904, art. 4025, p. 152).

Contra : Trib. com. Seine, 29 janvier 1891 (*Journ. des Fail.* 1892, p. 335).

Les actes ainsi passés par le failli ne sauraient pouvoir être annulés pour le seul motif de l'existence de la faillite. Ils sont valables à l'égard de la masse, à plus forte raison, les tiers avec qui il a contracté ne pourraient pas plus que lui invoquer son état de faillite ou son insolvabilité pour se soustraire à leur exécution. Il se peut qu'en fait ils aient ignoré cet état, cela importe peu. Par la publicité du jugement déclaratif de faillite, la faillite est réputée connue de tous; c'était donc à eux de se renseigner sur la situation de leur cocontractant. Le simple silence qu'aurait gardé le débiteur sur son état de faillite, ne constituant qu'une simple erreur sur la personne, serait insuffisant pour entraîner l'annulation de l'obligation. Il n'y aurait lieu de recourir à cette mesure que si le failli avait accompagné cette réticence de manœuvres susceptibles d'en faire un véritable dol (1).

Ceux qui sont en relations d'affaires avec le failli ont, d'ailleurs, divers moyens pour se garantir des risques que l'état de faillite de leur cocontractant pourrait leur faire courir. S'ils craignent que leur débiteur ne les paie avec des valeurs de la faillite, ils peuvent exiger que celui-ci leur fournisse la garantie et la justification que l'origine des deniers est à l'abri de toutes recherches du chef de la masse (2). S'ils considèrent que le failli n'offre pas une

(1) Trib. com. Havre, 21 avril 1909 (*Journ. des Fail.* 1909, art. 4833, p. 510).

Cette décision a considéré comme manœuvre dolosive le fait, par le failli, de dissimuler son vrai nom et de traiter sous un nom d'emprunt dans le but de cacher son état de failli.

Pour la simple réticence, voyez : Trib. com. Seine, 28 octobre 1891 (*Journ. des Fail.* 1892, art. 1515, p. 511).

(2) Paris, 9 juillet 1883, précité.

solvabilité suffisante pour pouvoir exécuter ses engagements, ils peuvent demander à celui-ci de leur consentir une garantie particulière pouvant leur assurer un paiement privilégié à l'égard des autres créanciers.

Ces garanties, le failli pouvait les leur fournir. Il a, en effet, une capacité suffisante pour grever de charges, au cours de ses nouvelles opérations, les biens de formation récente, et en particulier pour engager son fonds de commerce en nantissement ou consentir des hypothèques sur les immeubles qu'il a pu acquérir à l'occasion de sa nouvelle industrie (1). Cependant, on a soutenu que la rigueur du dessaisissement doit conduire à refuser au failli le droit de constituer une hypothèque sur ses biens nouveaux (2). Nous ne croyons pas que l'on puisse ainsi restreindre la capacité du failli. Malgré le dessaisissement on admet qu'il peut contracter seul des obligations valables, qu'il peut aliéner les biens récemment acquis, sans aucun concours du syndic. Ces aliénations ne sont même soumises à aucune formalité particulière, malgré l'état de faillite où il se trouve. Comment peut-on lui contester le droit d'hypothéquer ? L'on ne doit pas se montrer plus rigoureux lorsqu'il s'agit de la constitution d'un droit réel que lorsqu'il est question d'une aliénation totale. La reconnaissance d'un droit de préférence sur un bien n'est pas, en effet, un acte plus dangereux que l'aliénation de ce même bien. Il devra être d'autant

(1) Paris, 22 janvier 1840, S. 1840, 2. 116.

Trib. com. Amiens, 29 décembre 1896 (*Journ des Faill.* 1897, art. 2232, p. 75).

Trib. com. Marseille, 3 juillet 1900 (*Journ. des Fail.* 1901, art. 3584, p. 226).

(2) ALAUZET, t. VII, n° 2473, p. 126.

moins critiqué que l'engagement ainsi souscrit a pour but l'adjonction de nouvelles ressources à celles déjà créées.

La capacité du débiteur d'engager envers ses nouveaux créanciers les valeurs récemment acquises ne doit pas se limiter aux contrats. Elle doit s'étendre à tous les autres actes générateurs d'obligations : quasi-contrats, quasi-délits, délits, dès qu'ils se rapportent au nouveau négoce. Les auteurs passent ce point sous silence et la jurisprudence n'a encore pas eu l'occasion de se prononcer. Nous croyons qu'il convient d'admettre que les obligations ayant pour origine un de ces actes doivent être opposables à la masse. Les mêmes considérations qui ont conduit à reconnaître la validité des obligations contractuelles vis-à-vis de la masse, doivent militer en faveur de l'admission d'une solution aussi libérale à l'égard des obligations délictuelles. En principe, certes, leurs conséquences pécuniaires sont inopposables à la masse, mais l'on ne comprendrait pas que le failli pouvant s'engager par un lien contractuel ne pût l'être aussi valablement par un lien délictuel, alors que les tiers qui commettraient un délit ou un quasi-délit à l'encontre du failli seraient définitivement liés et que le montant des dommages-intérêts qu'ils devraient au failli profiterait à la masse.

§ 2. — ACTIONS EN JUSTICE

Le failli peut être titulaire d'obligations tant actives que passives qui sont nées par son seul fait, sans le concours d'aucun organe de la faillite. La validité ou l'exécution de ces obligations pourront soulever des contestations qui devront être soumises aux tribunaux pour être tran-

chées. Le failli sera ainsi appelé à figurer dans des instances judiciaires, tant comme demandeur que comme défendeur. Il est devenu à nouveau commerçant ; il est donc justiciable, pour ses actes récents, du Tribunal de commerce. Peut-on lui reconnaître la capacité de figurer seul aux procès nés à l'occasion de son nouveau négoce, sans aucune assistance du syndic ?

Nous le croyons, car ce droit n'est qu'un corollaire logique de la faculté qu'on lui reconnaît de contracter seul. Cependant, des auteurs (1), dont les écrits sont déjà anciens, il est vrai, dominés sans doute par l'idée que la faillite est organisée essentiellement dans l'intérêt des créanciers et que la capacité du débiteur doit, par suite du dessaisissement, être restreinte autant que possible, lui refusent le droit d'agir seul en justice, tout en lui accordant le droit de s'obliger seul à l'occasion de son commerce. La limite qu'ils apportent à la capacité du failli ne serait pour eux qu'une conséquence du dessaisissement. Massé, en particulier, s'exprime ainsi : « Les profits faits par le failli dans l'industrie à laquelle il se livre depuis le jugement déclaratif, sont compris dans le dessaisissement et appartiennent à ses créanciers. Il semble que les actions actives et passives relatives à ces profits devraient, comme ces profits eux-mêmes, appartenir à la masse ou au syndic qui la représente » (2).

Cette distinction que l'on veut introduire entre la capacité de contracter et celle d'ester en justice se comprend mal. La loi ne veut pas refuser au failli le droit de

(1) MASSÉ, t. II, n° 1198, p. 316.

RENOUARD, t. I, p. 303.

ALAUZET, t. VII, n° 2473, p. 124.

(2) MASSÉ, *Loc. cit.*

se procurer de nouvelles ressources. Ce droit existe et l'on ne peut en paralyser les effets en refusant au débiteur de paraître en justice. Comment le failli pourrait-il exercer une nouvelle industrie si on lui fait défense d'ester en justice à cette occasion ? Les tiers ont pu traiter avec lui seul, et il convient d'accorder à l'un comme à l'autre des cocontractants le droit d'obtenir l'exécution des engagements valablement souscrits. C'est la seule solution qui soit logique. L'on ne conçoit pas qu'une des parties puisse invoquer une fin de non-recevoir du seul fait que le syndic ne participe pas à l'action judiciaire, alors qu'elle ne pouvait exiger le concours du syndic pour s'obliger valablement. Cette mesure aurait pour seul effet de favoriser la mauvaise foi en incitant un débiteur à échapper, par ce moyen, à l'exécution de ses obligations.

La situation que la loi crée au mineur commerçant peut, en outre, fournir un argument d'analogie en faveur de l'entière capacité pour le failli d'ester seul en justice. Le mineur est incapable. Il ne peut exercer le commerce qu'à la condition d'être habilité par une autorisation. Dès qu'il est régulièrement autorisé, il contracte et agit seul en justice dans la limite de ses intérêts commerciaux. Les exigences du commerce ont demandé que l'on reconnaisse une large capacité à un incapable ; elles doivent conduire à la même concession au failli qui n'est que dessaisi.

Les inconvénients qui pourraient résulter de l'exercice, par le failli, de ses actions en justice ne sont d'ailleurs pas plus grands que ceux pouvant découler de la capacité de contracter qu'on lui reconnaît. Certes, nous reconnaissons qu'une action en justice est susceptible d'entraîner de graves conséquences, mais la décision judiciaire ne fait que consacrer un droit déjà existant créé

par un acte antérieur que le failli a pu valablement accomplir seul. Peut-être est-il à craindre que le débiteur soutienne mal ses prétentions. Nous ne croyons cependant pas que ce danger existe réellement. Le failli a tout avantage à fournir à ses créanciers un actif important, soit pour obtenir un concordat, soit, au cas d'union, pour ne rester débiteur que d'un passif moins considérable et parvenir plus facilement à sa réhabilitation. Son propre intérêt se confond donc avec celui de la masse. Même s'il agit volontairement dans un but frauduleux, d'accord avec des tiers, contre les intérêts de la masse, celle-ci ne se trouve pas désarmée, grâce au droit d'intervention que l'on reconnaît au syndic. En fait, il serait désastreux d'interdire au failli d'agir seul en justice. Celui-ci négligerait souvent de faire valoir ses droits afin de ne pas solliciter le concours du syndic, source de complication et de lenteur, surtout si la faillite est close pour insuffisance d'actif. Le syndic et les créanciers, lorsqu'ils voudraient agir à sa place, ne pourraient le faire aussi utilement que lui. Le seul résultat qu'entraînerait la nécessité de la présence du syndic à l'instance serait une aggravation de frais, sans que la masse en retirât un avantage correspondant.

Ces déductions ont conduit la majorité des auteurs à admettre que le failli est capable d'agir seul en justice (1). La jurisprudence, abondante en cette matière, s'est aussi

(1) BÉDARRIDE, n° 84 bis, p. 96.

ESNAULT, *Traité des faillites et des banqueroutes*, t. I, n° 163, p. 238.

LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. VII, n° 249, p. 261.

PERCEROU, *op. cit.*, t. I, n° 529 bis, p. 592.

PASCAUD, De la recevabilité de l'action du failli après clôture de la faillite pour insuffisance d'actif (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1879. Nouvelle série, t. VIII, p. 149 et s.).

ralliée à cette conception dans la plupart de ses arrêts. La Cour de cassation reconnaît même très nettement au failli « le droit d'ester en justice pour demander ou subir la sanction de ses contrats » (1). S'il est certains arrêts qui s'attachent à des considérations particulières (2), la plupart d'entre eux admettent que le failli peut agir seul en justice, pour le seul motif qu'il exerce un commerce nouveau (3).

En particulier, le failli a pu faire consacrer la validité d'un bail consenti pour l'exploitation d'un fonds de commerce dont il s'était rendu acquéreur (4), poursuivre le paiement d'un droit de commission qui lui était dû en sa qualité d'agent d'affaires (5), exiger l'exécution d'un

(1) Cass., 8 mai 1878 ; D. 1879, 1. 101.

(2) Cass., 25 juin 1860 ; P. 1860, 814 ; D. 1860, 1. 286 ; Cass., 21 février 1859 ; P. 1859, 119 ; D. 1859, 1. 197 ; S. 1859, 1. 555. Ces arrêts semblent, au moins partiellement, fonder le droit d'ester en justice qu'ils reconnaissent au failli sur le caractère personnel de l'action. En particulier, l'arrêt du 21 février 1859, après avoir déclaré que le failli peut faire reconnaître ses droits par jugement, s'exprime ainsi : « Qu'on ne peut surtout lui dénier l'exercice des actions ayant pour objet de lui faire obtenir justice et réparation des inculpations de nature à porter atteinte à sa considération personnelle, telle que l'inculpation d'un délit. »

(3) Cass., 8 mars 1854 ; S. 1854, 1. 238 ; D. 1854, 1. 94.

Cass., 2 février 1876 ; D. 1877, 1. 422.

Cass., 8 mai 1878 ; D. 1879, 1. 101.

Cass., 27 mai 1910 ; D. 1912, 1. 447 ; S. 1911, 1. 277,

Adde : Les arrêts cités : *Pandectes françaises. Répertoire*, V. Faillite, n° 3873.

Contra : Paris, 27 juillet 1889 (*Journ. des Fail.* 1889, art. 1183, p. 509).

Trib. com. Marseille, 10 décembre 1895 (*Journ. des Fail.* 1896, art. 2122, p. 238).

(4) Bordeaux, 27 novembre 1883 (*Journ. des arrêts Bordeaux*, 1884, p. 277).

(5) Cass., 8 mars 1854, précité.

marché qu'il avait passé seul (1). La même capacité a été reconnue au failli, poursuivi comme contrefacteur, par suite de l'existence d'un brevet antérieur. Le syndic étant intervenu dans l'instance pendante devant la Cour de cassation, la Chambre des requêtes, après avoir admis son intervention, a rejeté ses conclusions en déchéance du pourvoi pour le motif que le failli était capable d'ester en justice et, qu'ayant jusque-là figuré seul dans la cause, le pourvoi n'avait pas à être signifié au syndic (2).

Le failli peut donc agir seul en justice, de même qu'il peut seul contracter. La jurisprudence et la doctrine lui laissent les coudées franches quant aux actes qu'il peut accomplir à l'occasion de sa nouvelle entreprise. Il ne faudrait pas en conclure cependant que la masse ne puisse plus invoquer dans cette mesure aucun des droits qu'elle tient de la faillite. Ces droits subsistent, mais ils sont atténués afin de permettre au failli d'utiliser ses forces dans un nouvel emploi au mieux de ses besoins.

(1) Trib. com. Seine, 23 octobre 1891 (*Journ. des Fail.* 1892, p. 511).

(2) Cass., 21 février 1859 ; D. 1859, 1. 197 ; S. 1859, 1. 555,

SECTION IV

Du contrôle exercé par les créanciers sur les actes accomplis par le failli.

Le failli est dessaisi de ses biens présents et à venir : il ne devrait donc pouvoir accomplir sur ceux-ci aucun acte opposable à la masse ; mais la nullité radicale qui découle ainsi du dessaisissement ne s'appliquera qu'autant qu'il se proposerait un but frauduleux. Ainsi, s'il n'agit que dans l'intention de favoriser un des créanciers de la faillite au détriment des autres, les opérations réalisées, pour parvenir à cette fin, devront être annulées, car l'exercice d'une nouvelle industrie ne doit pas permettre de rompre l'égalité entre créanciers (1). Le dessaisissement s'appliquera aussi dans toute sa rigueur au cas où le failli chercherait à détourner une partie de l'actif de la faillite ou utiliserait des biens déjà compris dans le dessaisissement (2).

Si l'on reconnaît, en effet, au failli, la capacité de contracter et d'ester seul en justice, ce n'est qu'autant qu'il emploie des valeurs étrangères à la faillite. Dès qu'il ne se livre à des nouvelles opérations commerciales qu'avec des valeurs détournées de la faillite, ce droit ne lui appartient plus et la masse peut faire tomber l'acte ainsi accompli. Au reste, le dessaisissement étant général, les valeurs employées par le débiteur doivent être présumées

(1) Cass., 5 novembre 1873 ; D. 1874, 1. 60 ; S. 1874, 1. 69.

(2) Cass., 16 novembre 1887 ; S. 1888, 1. 164 ; D. 1888, 1. 325.

appartenir à la masse (1). C'est donc au failli qu'incombe la charge de prouver l'origine de ces valeurs, surtout lorsque les circonstances permettent de supposer qu'il a agi dans une intention frauduleuse. La Cour de Besançon a fait application de cette idée dans un arrêt du 11 mai 1898 (2), en décidant que « le failli n'était pas dans l'exception admise par la jurisprudence à la rigueur des termes de l'article 443 du Code de commerce », parce que « cette dérogation au principe de l'article 443 n'est possible que lorsqu'il est certain que les opérations nouvelles sont absolument distinctes de la faillite », ce qui n'existait pas dans l'espèce, « attendu que non seulement le failli a intenté seul le procès actuel, mais encore l'a intenté à l'insu de son syndic, et qu'il résulte des documents de la cause que le syndic ignorait même les opérations de banque auxquelles il s'est livré et, qu'à plus forte raison il ignore avec quelles ressources le failli a fait ces opérations ».

En dehors de cette hypothèse, les droits que les créanciers tiennent du dessaisissement sont considérablement atténués. L'on pourrait presque dire qu'ils n'existent plus. Certes, leurs intérêts sont respectés et ne sont pas sacrifiés à ceux des nouveaux créanciers, mais on leur demande d'être vigilants. Le dessaisissement leur permet, en général, de ne pas se préoccuper des opérations de leur débiteur ; elles leur sont inopposables et il leur suf-

(1) Bordeaux, 28 novembre 1878 ; S. 1879, 2. 290 ; P. 1879, 1. 139.

(2) *Journ. des Fail.* 1898, art. 3186, p. 412.

Nantes, 17 juin 1905 (*Journ. des Fail.* 1907, art. 4546, p. 477).

Contra : Douai, 11 novembre 1856 ; S. 1857, 2. 306.

fira d'invoquer l'article 443 du Code de commerce pour que les conséquences pécuniaires qu'elles entraînent ne les atteignent point. L'on ne peut montrer la même rigueur dans le cas qui nous occupe. Autant vaudrait refuser au failli la capacité de se livrer à de nouvelles opérations commerciales, car les tiers en relations d'affaires avec lui ne seraient jamais certains que les contrats passés seraient maintenus.

Les créanciers dans la masse doivent surveiller les opérations de leur débiteur afin d'éviter que les bénéfices réalisés ne puissent être détournés ou compromis par des entreprises hasardeuses. Ils doivent intervenir alors qu'il en est encore temps car, une fois que l'acte est devenu définitif, il est valable à leur égard. S'ils ne veulent pas en subir les conséquences pécuniaires, ils devront le faire annuler, et encore ne le pourront-ils que s'il a été passé dans des conditions déterminées. Le dessaisissement se trouve ainsi dégradé en un simple droit de contrôle et de surveillance existant en faveur des créanciers sur les actes du failli et en une faculté d'annulation de ces actes, peut-être plus largement admise que le droit commun.

Quant aux obligations, ce droit se traduira par la possibilité que l'on reconnaît à la masse de faire annuler toutes les opérations qui auront été accomplies en fraude de ses droits et à son préjudice. Exigera-t-on, comme au cas de l'action paulienne, que le tiers cocontractant soit complice de cette fraude lorsqu'il s'agit d'actes à titre onéreux? Nous le ferions volontiers. Les auteurs et la jurisprudence ne sont pas très explicites sur ce point. Dans son arrêt du 12 janvier 1864, la Cour de cassation semble cependant exiger la complicité du cocontractant puisqu'elle prend en considération le fait que celui-ci a

agi avec bonne foi et dans l'ignorance de l'état de faillite du débiteur (1). Il semble néanmoins que cette connaissance de l'intention frauduleuse du cocontractant ne soit pas exigée par tous les auteurs. Certains, en vertu de l'idée que cette annulation dérive du dessaisissement et a pour but d'éviter que le failli ne puisse nuire à la masse et diminuer son gage, ont été jusqu'à ne subordonner l'annulation des nouvelles opérations commerciales du failli qu'à la seule condition d'un simple préjudice causé à la masse, en dehors de toute fraude proprement dite (2).

Il n'y a là qu'une exagération due à un examen trop rapide de la jurisprudence auquel la doctrine ne semble pas avoir adhéré (3). L'arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1864, que l'on cite volontiers à l'appui de cette opinion, n'a nullement reconnu un pareil droit à la masse. Il permet seulement au syndic de « poursuivre l'annulation des engagements ou des actes qui auraient lieu nonobstant l'opposition des syndics ou en fraude *et* au préjudice de la masse », et il complète son système de défense des intérêts de la masse en admettant le syndic à « intervenir même pour *s'opposer à tout engagement ou à tout acte qui, de la part du failli, serait de nature à leur causer un préjudice* » (4). Somme toute, le syndic ne pourra poursuivre l'annulation d'une opération pour cause de

(1) D. 1864, I. 130 ; S. 1864, I. 17.

(2) GRIGNON, — Du dessaisissement du débiteur failli en droit français, thèse Caen, 1902, p. 100.

Pandectes françaises, répertoire, V^o Faillite, n^o 3165.

(3) PERCEROU, t. I, n^o 529 *bis*, p. 491.

LYON-CAEN et RENAULT, t. VII, n^o 249, p. 260.

(4) Cass., 12 janvier 1864 ; S. 1864, I. 17 ; D. 1864, I. 130.

simple préjudice que lorsqu'il se sera opposé à cette opération. C'est là une conception toute différente (1).

Ce droit d'opposition que la jurisprudence reconnaît au syndic ne semble pas d'ailleurs avoir été remarqué par les auteurs, qui n'y font aucune allusion (2). Il est assez

(1) La formule de cet arrêt a été reproduite par la plupart des décisions qui ont eu à trancher la question de l'effet vis-à-vis de la masse des contrats passés par le failli à l'occasion de son commerce nouveau. L'idée d'annuler les opérations accomplies par le failli, sous la seule condition d'un préjudice, en dehors de toute fraude, semble avoir pour origine la formule tirée de l'arrêt de 1864, reproduite inexactement dans un jugement du Tribunal de commerce d'Isigny, du 14 février 1884 (S. 1889, 1. 81) répétée dans l'arrêt de la Cour de Caen du 12 mars 1885 (*Journ. des Fail.* 1888, article 916, p. 69), où il est dit que le syndic « peut poursuivre l'annulation des actes ou des engagements qui auront eu lieu nonobstant l'opposition des syndics ou en fraude ou au préjudice de la masse ». Cette phrase pouvait prêter à confusion, mais cette confusion eût été évitée si on avait rapproché ce texte du contexte de l'arrêt qui reconnaît au syndic « le droit de s'opposer à tout engagement ou à tout acte qui, de la part du failli, serait de nature à leur causer un préjudice ». Quel que soit le système adopté par ces décisions, la Cour de cassation s'est très nettement attachée au système que nous avons exposé. C'est ainsi que, par exemple, elle a décidé, dans un arrêt du 2 février 1876 (D. 1877, 1. 422 ; S. 1876, 1. 150) que « les actes que le failli aura faits sans fraude et avant toute opposition des syndics devront être maintenus ».

L'arrêt de 1864 a été aussi reproduit incorrectement par MM. Lyon-Caen et Renault (t. VII, p. 260, note 3), qui lui font dire « poursuivre l'annulation des engagements ou des actes qui auraient eu lieu nonobstant l'opposition des syndics avec fraude et au préjudice de la masse ».

(2) On n'en trouve en particulier aucune trace dans les traités de MM. Percerou et Lyon-Caen et Renault (*loc. cit.*). Ces auteurs citent bien l'arrêt de 1864, mais ils ne parlent pas particulièrement du droit pour le Syndic de s'opposer aux actes du failli et de poursuivre l'annulation de l'acte si le failli est passé outre à l'opposition.

Seul, Boistel (n° 912, p. 605) semble en avoir fait mention lorsqu'il déclare que la masse ayant laissé le failli opérer sans opposition ne pourra, plus tard, demander l'annulation des engagements pris par le failli.

difficile de le justifier. De droit commun, les créanciers n'ont pas un tel droit à l'égard des actes de leur débiteur. Le dessaisissement ne s'exerce pas non plus de cette façon. Il consiste dans une inopposabilité de l'acte qui existe de plein droit en faveur des créanciers, sans que ceux-ci aient à intervenir lors de la formation de l'obligation. Cependant, il semble bien que ce soit de cette institution que la jurisprudence ait tiré ce droit. Elle est partie de l'idée que le nouveau commerce ne doit en rien préjudicier aux intérêts de la masse sur les biens dont le failli est dessaisi. En dehors du dessaisissement, dont on veut en notre matière écarter une application trop rigoureuse, rien dans nos lois ne permettait d'assurer le respect de cette condition. Elle a alors, afin de combler cette lacune, construit ce système qu'elle a présenté comme une conséquence du dessaisissement. Ainsi, le syndic peut s'opposer à toute opération préjudiciable, même non frauduleuse, et, si le failli passe outre à l'opposition, demander l'annulation de cette opération.

La jurisprudence, lorsqu'elle a adopté cette conception, s'est peut-être inspirée de l'opposition à partage telle que la réglemente l'article 882 du Code civil (1). La loi accorde aux créanciers le droit de s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage d'une succession hors de leur présence. C'est là une forme particulière de l'action paulienne qu'il était nécessaire d'admettre. Le partage d'une succession est, en effet, un acte qu'il est nécessaire de maintenir le plus possible, en raison des conséquences fâcheuses de son

(1) L'article 882 C. civ. est insuffisant pour justifier le droit d'opposition du syndic. C'est en effet un texte dérogameur au droit commun, ainsi que le déclare l'article 1.167 C. civ. L'on ne peut donc songer à l'étendre hors de l'hypothèse qu'il prévoit.

annulation, et qui est essentiellement dangereux pour les créanciers, par suite des fraudes nombreuses qu'il permet de commettre.

Cependant, si ces deux droits d'opposition se justifient par des considérations analogues, il existe entre eux des différences profondes. Le créancier qui n'a pas usé de son droit d'opposition ne pourra plus, en principe, exercer l'action paulienne contre le partage. En outre, ce créancier ne peut exiger qu'une chose : être présent au partage et en surveiller les opérations afin de s'assurer qu'il est fait sans fraude. Le syndic, au contraire, s'il ne s'est pas opposé à un acte du failli, peut toujours exercer l'action paulienne, puisqu'il a le droit de poursuivre l'annulation des engagements qui auront eu lieu « en fraude et au préjudice de la masse ». D'autre part, les tribunaux ne précisent pas les effets de l'opposition du syndic. Celui-ci doit-il laisser le failli poursuivre son opération tout en s'assurant qu'il ne commet pas de fraude à l'égard de la masse, ou l'acte qui a motivé l'opposition est-il purement et simplement interdit au failli ? Il semble bien que ce soit cette dernière solution qu'ait eue en vue la jurisprudence afin de permettre au syndic d'obtenir l'annulation de l'engagement sans avoir à fournir la preuve d'une fraude proprement dite. D'ailleurs, si le syndic devait donner son approbation à l'opération du failli, il serait difficile de ne pas admettre que le failli a traité pour le compte de la masse, et le cocontractant du failli pourrait invoquer la qualité de créancier de la masse lorsque celle-ci mettrait la main sur le nouvel actif.

Jusqu'à présent ce système est resté à l'état de principe théorique, mais l'on peut se demander comment il fonc-

tionnerait. Exigera-t-on que le préjudice soit volontaire de la part du failli ou non ? S'il s'agit d'un paiement à effectuer entre les mains du failli, le syndic pourra recourir à la saisie-arrêt, mais s'il s'agit d'un contrat, sous quelle forme devra-t-il notifier son opposition, et surtout sera-t-il tenu de la notifier au tiers avec lequel le failli est en relations d'affaires ? Le syndic pourra-t-il être condamné à des dommages-intérêts s'il a agi à tort et causé un préjudice à un tiers ? Autant de questions délicates auxquelles il est difficile de répondre, parce que ce droit ne résulte pas de la loi.

En pratique, ce droit semble être resté sans application. Si l'on consulte les divers recueils de jurisprudence, on ne rencontre aucune espèce qui ait eu à trancher les difficultés soulevées par son exercice. Le motif en est fort probablement que les syndics n'ont jamais fait valoir ce droit qu'on leur accorde (1). Comment ceux-ci, en effet, pourraient-ils connaître à temps, pour pouvoir s'y opposer, les opérations du failli et apprécier le préjudice qui pourrait en résulter pour la masse ? Le failli, par suite de l'interdiction de détourner la clientèle de l'ancien fonds de commerce, ne peut s'établir qu'à distance du lieu de la faillite. Il n'a aucune autorisation à réclamer du syndic pour réaliser ses nouvelles opérations. Le syndic est bien armé d'un droit de contrôle et de surveillance, mais il ne

(1) L'exercice du droit d'opposition, que la jurisprudence reconnaît au syndic, n'eût pas été sans soulever de difficultés, par suite de son imprécision. Le failli eût pu, au moins, prétendre que l'intervention du syndic était abusive, et le tiers qui traitait avec lui eût pu réclamer contre cette opposition en se déclarant lésé. Si un procès avait été soulevé, il est douteux que les arrêtistes n'en aient pas fait mention, alors qu'ils relèvent en grand nombre des décisions qui ont trait au nouveau commerce.

saurait aller jusqu'à pouvoir exiger du débiteur de le tenir au courant des opérations qu'il a l'intention d'effectuer. Ce serait établir une forme d'autorisation plus rigoureuse que l'autorisation générale de faire le commerce qui n'est pas imposée au failli (1). En fait, le syndic ne peut donc se tenir au courant des opérations projetées par le failli, et l'exercice de son droit d'opposition se trouve ainsi paralysé.

Si le syndic ne peut utilement intervenir dans la conclusion des contrats que passe le failli, il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse s'immiscer dans la gestion du nouveau négoce. Les procès soulevés par l'exercice du commerce pourront lui en fournir l'occasion. Il est possible que le failli ait, à l'insu du syndic, obtenu un jugement dans le seul but de nuire à ses créanciers, grâce à un concours frauduleux avec son adversaire ; la masse pourra alors recourir à la voie de la tierce opposition pour faire tomber cette décision. Cette situation se présentera d'ailleurs rarement.

(1) Il convient de remarquer que, même s'il était possible au syndic de se tenir au courant des actes du failli, il en résulterait pour lui un travail considérable, qu'il négligerait faute de temps. Les syndics mènent, le plus souvent, plusieurs liquidations de front et sont assez absorbés par les opérations de la faillite pour ne pas s'occuper de ce que le failli peut faire, n'encourant, de ce chef, aucune responsabilité. Au cas de clôture pour insuffisance d'actif, le syndic ne s'occupe même plus du tout de la faillite ; comment voudrait-on qu'il intervienne dans les opérations des faillis dont les faillites se trouvent en cet état ? Les créanciers dans la masse seraient mieux en état de le faire, mais il est douteux que l'exercice de ce droit d'opposition essentiellement particulier à la faillite leur appartienne. Ils n'auraient donc que la ressource de prévenir le syndic. L'on ne voit pas, d'ailleurs, quel avantage ils auraient à exercer ce droit d'opposition, alors qu'ils peuvent exercer des saisies sur les biens du failli.

Le failli a bien le droit, malgré le dessaisissement, d'agir seul en justice, mais il ne peut guère en résulter de dommages pour les créanciers dans la masse. Leurs intérêts se trouvent sauvegardés par le droit d'intervention que l'on reconnaît au syndic dans les instances où le failli se trouve être partie (1). Ainsi, le syndic peut s'opposer utilement à ce qu'il soit causé un dommage quelconque à la masse, et intervenir afin d'assurer à la masse le bénéfice pécuniaire des actions intentées par le failli, car ce bénéfice constitue une valeur de faillite.

En dehors de tout procès, il est d'ailleurs toujours dans les droits du syndic de prendre toutes les mesures qu'il juge utiles pour assurer la conservation du nouvel actif et son attribution à la masse. Le dessaisissement, s'il permet de laisser au failli une certaine liberté relativement à sa nouvelle industrie, n'en a pas moins, en effet, pour conséquence, que tous les bénéfices réalisés par le failli sont des valeurs de faillite au même titre que les biens existant au jour du jugement déclaratif. Si le syndic craint que les acquisitions récentes soient compromises par des détournements ou des opérations hasardeuses, il a la ressource de les appréhender afin de les répartir entre les créanciers de la faillite. Ainsi, il pourra exiger que les sommes dues au failli soient versées entre ses mains et, en particulier, au cas où le failli a opéré la vente de son fonds de commerce, faire saisie-arrêt sur la créance du prix entre les mains de l'acheteur (2). Il aura même

(1) Cass., 8 mars 1854, D. 1854, 1. 99; S. 1854, 1. 238.

Cass., 21 février 1859, S. 1859, 1. 197; D. 1859, 1. 555.

Cass., 12 janvier 1864, S. 1864, 1. 17; D. 1864, 1. 130.

PERCEROU, t. I, n° 530, p. 492.

(2) Cass. 21 février 1859, précité.

la faculté, dans le seul but de réaliser un supplément d'actif, de mettre la main sur tous les biens qu'a pu réunir le failli depuis sa faillite et en assurer le recouvrement au profit de la masse.

L'exercice, par le failli, d'un commerce nouveau sera donc toujours précaire, le syndic pouvant toujours y mettre fin en appréhendant les valeurs qui y sont affectées dans le but de les réaliser. C'est ce qui fournira à la masse le meilleur moyen de contrôler les opérations du failli ; la menace de la fermeture du nouvel établissement permettant au syndic d'imposer au failli toutes les mesures qu'il juge utiles pour assurer la bonne gestion de l'entreprise.

Si grands que paraissent les droits de la masse tels que nous venons de les exposer, ils n'en sont pas moins forts différents de ceux qu'elle tient ordinairement du dessaisissement à l'encontre des actes accomplis par le failli en dehors de ce commerce. Ces droits se rapprochent beaucoup de ceux que le droit commun accorde aux créanciers contre le débiteur, et l'on peut se demander si en réalité le dessaisissement continue à frapper les biens affectés au nouveau commerce.

CHAPITRE II

CRITIQUES DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA DOCTRINE CLASSIQUE ESSAI D'UNE AUTRE JUSTIFICATION

La doctrine, de formation récente, que nous venons d'exposer au sujet de la capacité que l'on doit reconnaître au failli dans l'exercice d'un commerce nouveau, a surtout, suivant en cela les solutions fournies par la jurisprudence, cherché à concilier le droit d'exercer un commerce nouveau avec le maintien du dessaisissement sur les biens affectés à ce négoce. L'on pourrait dire qu'elle n'est que la consécration de la jurisprudence qui s'est formée au cours du siècle dernier et dont l'influence est très nette en notre matière. Il est même remarquable de constater que les auteurs les plus récents qui se sont occupés de la matière se contentent souvent de répéter les formules employées par les arrêts, sans les critiquer ni essayer de les justifier. Il ne semble pas, cependant, que le système adopté par ceux-ci soit pleinement satisfaisant.

L'étude du commerce entrepris par le failli pendant sa faillite se trouve entièrement dominée par l'article 443 du Code de commerce : « Le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, le dessaisissement, pour le failli, de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il

est en état de faillite. A partir de ce jugement, toute action mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou intentée que contre les syndics. »

Cet article soulève deux questions distinctes, mais connexes : le failli peut-il, en principe, exercer le commerce ; quels actes pourra-t-il valablement accomplir seul à l'occasion de son négoce, sans que la masse puisse élever de critiques ?

La réponse à la première question seule ne fait aucun doute : le failli est libre d'exercer le commerce et peut choisir le genre de commerce qui lui convient. L'équité et l'humanité la plus stricte exigent que l'on reconnaisse au débiteur le droit de pourvoir à sa subsistance par ce moyen. Le débiteur en déconfiture peut commercer ; il doit en être de même pour le failli. Il importe peu que le débiteur soit encore dessaisi, car le dessaisissement laisse hors de ses atteintes les droits personnels, et le droit au travail, donc de se livrer à des opérations commerciales, est un droit strictement personnel.

Il ne suffit pas de reconnaître au failli le droit de commercer à son gré, il faut qu'il puisse le faire librement. Il doit pouvoir se procurer de nouveaux capitaux et surtout accomplir des actes valables à l'égard de tous, y compris la masse. C'est la raison pour laquelle on se heurte au principe du dessaisissement posé par l'article 443 du Code de commerce.

Une interprétation strictement littérale de ce texte eût exigé que l'on interdît au failli d'affecter aucun des biens qu'il peut acquérir à son nouveau commerce, et surtout de conserver à sa disposition aucun des profits qu'il réalise. Il fallait lui refuser le droit d'administrer ses acquisitions récentes ou d'en disposer vis-à-vis de la masse, sans que

celle-ci y consentît. Tous les actes qu'il aurait pu accomplir sur ses biens auraient été inopposables à la masse, et ceux qui auraient contracté avec le failli n'auraient eu d'action que contre lui seul. Dans ces conditions, toute entreprise commerciale devenait impossible pour celui-ci. Faute d'avoir la certitude que les engagements contractés seraient maintenus et pourraient être opposés à la masse, personne n'aurait voulu traiter avec le failli ni lui consentir aucun crédit.

Cette solution a paru excessive et, sans aucun doute, elle eût dépassé les intentions du législateur. Les auteurs et la jurisprudence ne s'y sont jamais ralliés. Le failli peut commercer, il faut lui en donner les moyens. Dans ce but, on a élargi le cercle de sa capacité en s'inspirant de l'esprit de la loi plus que de son texte, ce qui a permis de tempérer la rigueur de l'article 443 du Code de commerce.

Le dessaisissement, ayant pour seul but de protéger efficacement les intérêts des créanciers, laisse au failli l'entière jouissance de ses droits personnels. Malgré la faillite, la personnalité du débiteur reste entière. Parmi ces droits personnels, il en est qui exigent la libre disposition de fonds ; leur exercice doit cependant rester au failli tant que ces fonds ne proviennent pas de l'actif de la faillite (1). Qui donc dénierait au failli l'exercice du droit de jouissance et d'administration légale sur les biens de

(1) La distinction entre les droits personnels et les droits patrimoniaux n'est pas toujours très nette. La grande majorité des droits participe des deux caractères et parfois il est difficile de reconnaître celui qui prédomine. Si l'on refusait au failli l'exercice des droits présentant un intérêt pécuniaire, si faible soit-il, on lui rendrait en fait impossible la jouissance de la plupart des droits personnels.

ses enfants, parce que ces droits impliquent la libre disposition de capitaux ? L'on a parfois soutenu que le syndic pourrait exiger le versement à la masse de l'excédent des revenus après acquittement des charges. Cette exigence n'est conforme à la loi que dans la mesure où elle ne rend pas le failli comptable envers la masse de son administration et de la manière dont il pourvoit à l'éducation de ses enfants, car l'attribution à la masse d'un droit plus étendu aurait pour effet de retirer au débiteur l'exercice d'un droit personnel, alors que rien ne légitime ce retrait (1).

La même solution s'impose lorsqu'il s'agit du droit d'exercer un commerce ; ce droit doit être largement reconnu au failli. Il ne suffit pas de le lui accorder en principe, il faut lui reconnaître une capacité suffisante pour lui permettre de l'utiliser pratiquement. Le failli doit pouvoir acquérir de nouveaux capitaux, les administrer et en disposer sans que la masse puisse critiquer aucun de ses actes. Cependant, il ne faudrait pas exagérer la capacité du débiteur. Le dessaisissement qui frappe les biens nouvellement acquis doit y apporter des limites. En conséquence, tout acte qui tendrait à léser la masse doit lui être interdit et, s'il a été accompli, il doit être annulé. La masse doit surveiller et contrôler les opérations du failli, afin d'éviter tout préjudice. Enfin, elle peut, en vertu du droit de gage qui lui appartient, prendre toutes mesures pour réunir à l'actif de la faillite, l'actif récemment formé.

Ainsi présentée, la solution apportée à la question qui nous occupe semble parfaitement logique. Elle concilie

(1) PERCEROU, t. I, n° 541, p. 505.

les droits de la masse et les droits du failli au mieux des intérêts respectifs de l'un et de l'autre. Cependant, si l'on va au fond des choses, elle prête à de nombreuses critiques, car la conciliation entre les deux idées : libre exercice des droits personnels, dessaisissement du débiteur, que l'on considère comme directrices en la matière, n'est qu'apparente. Sous prétexte de considérations d'équité et d'humanité en faveur du failli, on a fait du dessaisissement un régime souple qui se prête à l'exercice d'un commerce, mais ne semble pas correspondre exactement à l'idée que le législateur s'en était faite.

Le dessaisissement produit des effets que l'on peut grouper sous deux chefs : le patrimoine du failli devient indisponible entre ses mains ; son administration passe au syndic. Ces deux effets fondamentaux de l'institution sont-ils respectés lorsque le failli exerce un commerce nouveau dans les limites et sous les conditions que nous avons exposées ?

Nous ne le croyons pas. Le débiteur, dit-on, peut créer un nouvel établissement commercial dès « qu'il n'y affecte que des valeurs étrangères à la faillite et non frappées, en conséquence, par le dessaisissement » (1). Les biens qui échappent ainsi à la faillite sont très restreints ; ils ne pourraient fournir au failli que des capitaux insuffisants. Admettons cependant que le débiteur, surtout en recourant au crédit, parvienne à se procurer les ressources nécessaires en valeurs qui soient réellement étrangères à la faillite, il est douteux que la masse ne puisse les

(1) C'est la formule même employée par MM. Lyon-Caen et Renault (t. VII, n° 248, p. 259), et que l'on retrouve dans les arrêts : Cass., 12 janvier 1864 ; D. 1864, I. 130 ; S. 1864, I. 17 ; Cass., 16 novembre 1887 ; D. 1888, I. 325 ; S. 1888, I. 164.

atteindre comme faisant partie de son gage. Celles-ci se fondent dans le fonds de roulement du commerce avec des éléments d'origines diverses soumis au dessaisissement, elles perdent leur individualité et il devient difficile de fournir la preuve de leur origine.

Peut-être ne faut-il pas se montrer si rigoureux à cet égard et laisser encore la disposition de ces ressources au failli, mais l'on se montre encore plus indulgent envers celui-ci. On lui permet d'utiliser les bénéfices commerciaux nouvellement réalisés qui sont des valeurs de faillite au sens de l'article 443 du Code de commerce, tel qu'on l'entend couramment. La condition que l'on impose à l'exercice, par le failli, d'un commerce nouveau : emploi de valeurs étrangères à la faillite, n'est donc même pas respectée.

On ne se contente pas de porter cette atteinte aux effets du dessaisissement, l'on reconnaît aussi au débiteur le droit d'administrer seul des valeurs que le syndic devrait avoir entre les mains. Il peut, sans aucun concours du syndic, les engager par ses contrats et agir seul en justice à leur sujet. Il s'agit là de droits que le dessaisissement se propose d'enlever au failli ; comment peut-on admettre qu'il les conserve pour le seul motif qu'il doit jouir d'une capacité suffisante pour exercer le commerce ? Certes, l'on atténue aussitôt le caractère étrange de cette conception en proclamant le principe du dessaisissement dont on tire des conséquences : la masse est titulaire d'un droit de surveillance et de contrôle, elle peut faire annuler certains actes passés dans des conditions déterminées, elle peut toujours prendre les mesures qui lui conviennent pour réunir le nouvel actif à l'actif de la faillite. Il n'est personne, cependant, qui ne remarque combien ces droits

sont éloignés de ceux que la masse tient normalement du dessaisissement : annulation de plein droit, mainmise du syndic sur le patrimoine du failli. En réalité, ils se rapprochent plutôt de ceux que le droit commun accorde à tous les créanciers à l'encontre de leur débiteur (1). Les différences que l'on peut relever sont bien faibles.

Peut-être, et encore cela est-il douteux, l'annulation des actes accomplis par le failli en fraude des droits de la masse n'exige pas la preuve de la complicité frauduleuse du cocontractant lorsqu'il s'agit de contrats à titre onéreux. La seule différence véritable que l'on est amené à constater réside dans l'existence du droit que, seule, la jurisprudence reconnaît au syndic de s'opposer aux opérations du failli et, si celui-ci passe outre à l'opposition, de faire annuler l'acte ainsi réalisé.

Nous avons montré qu'en fait ce droit ne pouvait être exercé que difficilement et que les tribunaux n'avaient jamais eu l'occasion d'en faire l'application. L'on peut se demander d'ailleurs, au cas où cette question se poserait nettement, si la jurisprudence continuerait à conférer ce droit au syndic. De deux choses l'une : ou l'on exige que le préjudice causé à la masse soit intentionnel ; ou l'on se contente d'un préjudice quelconque, même involontaire. Si l'on considère l'intention comme nécessaire, ce n'est que de la fraude proprement dite qu'il s'agit, et point n'est besoin de cette forme d'annulation. S'agit-il d'un préjudice involontaire, l'on se met en contradiction avec la capacité

(1) Le droit commun reconnaît aux créanciers le droit d'intervenir dans les procès concernant leur débiteur, de faire annuler les actes qu'il a passés en fraude de leurs droits et d'appréhender les biens de leur débiteur pour se payer. Il n'y a que le droit de surveillance et de contrôle dont ils ne bénéficient pas.

que l'on s'accorde à reconnaître au failli dans ses nouvelles opérations commerciales.

Il n'est guère d'actes dans un commerce que l'on ne puisse considérer comme susceptibles de causer un préjudice, et, si peu que le syndic use de son droit abusivement, le failli ne pourra plus opérer utilement. Même si le syndic intervient seulement lorsqu'il pourrait résulter de l'opération un préjudice certain, cela suffira pour détruire le peu de confiance que les tiers accordent au failli. L'opposition les mettra en doute sur la validité des engagements du débiteur. Ils préféreront s'abstenir de traiter avec lui, lui refuseront tout crédit sans garantie ou ne traiteront que dans des conditions trop onéreuses. Cette protection trop rigoureuse des intérêts de la masse se comprend peu dans le système de la jurisprudence qui reconnaît une large capacité au failli dans les opérations de son nouveau commerce.

Les auteurs et la jurisprudence, lorsqu'ils déclarent que le failli reste, quant à ses opérations commerciales nouvelles, soumis au dessaisissement, ne font donc que proclamer un principe sans en tirer aucune conséquence. Sous prétexte d'apporter des tempéraments à la règle posée par l'article 443 du Code de commerce, l'on est parvenu à la tourner, à la rendre inutile. Ces tempéraments ne se justifient que par des considérations d'humanité et d'équité en faveur du failli (1). C'est là un raisonnement insuffisant, contraire à toutes les règles que doit respecter l'interprète et dont le seul effet est de soulever des difficultés. Nous avons déjà pu en constater lorsque nous avons déterminé la capacité du failli, mais c'est surtout

(1) *Cfer.* RENOARD, t. I, p. 300 (passage cité *supra*. p. 33).

lorsqu'il s'agira de régler le sort des biens nouvellement acquis que nous en rencontrerons.

Les solutions libérales qui ont été consacrées sont nettement inconciliables avec l'interprétation généralement adoptée de l'article 443 du Code de commerce qui étend le dessaisissement aux biens nouvellement acquis par le failli grâce à son travail. Cette interprétation doit conduire à refuser au failli le droit de contracter ou d'agir seul en justice et, en conséquence, de se livrer utilement au commerce. Pour reconnaître au débiteur le droit d'effectuer de nouvelles opérations commerciales, il faudrait admettre que le dessaisissement ne frappe pas les biens qu'il se procure par son travail. La loi des faillites laisse-t-elle place à semblable conception ?

L'interprétation extensive que l'on donne habituellement à l'article 443 du Code de commerce se justifie, en dehors de la généralité du texte, principalement par ce motif que les mots « même de ceux qui peuvent lui échoir » ont été ajoutés à la rédaction de 1807 par la loi du 28 mai 1838 et que le législateur a eu un but précis lorsqu'il a réalisé cette addition. Ce but n'est autre, dit-on, que de dépouiller le failli de tout ce qu'il acquerra, de quelque manière que ce soit, tant que la faillite n'est pas close. A l'appui de cette manière de voir, on invoque les travaux préparatoires de la loi de 1838. En 1835, au cours de la discussion de l'article 443, auquel le projet avait laissé son ancienne rédaction, le rapporteur Renouard déclara que ce texte devait s'entendre en ce sens que « le droit des créanciers embrassait les biens présents et à venir » (1).

(1) Chambre des députés, séance du 9 février 1835 (*Moniteur officiel* du 10 février 1835, 1^{er} supplément, p. 293).

Cette argumentation ne nous semble cependant pas solidement établie. La critique en a été fournie par M. Meynial (1). Cet auteur démontre que l'article 443 du Code de commerce peut se prêter à une interprétation plus restrictive des droits de la masse des créanciers. Le dessaisissement n'atteindrait que les biens acquis à titre gratuit par le failli. Tout d'abord, l'addition faite en 1838 au texte de cet article présente une utilité suffisante si on en restreint ainsi la portée. Quant à la formule générale employée par le rapporteur, elle n'a pas l'importance qu'on lui attribue ordinairement. Elle a été émise en réponse à une question posée par M. Teste ne visant qu'à préciser le sort des « biens qui peuvent arriver au failli par suite de donation ou de succession après déclaration de faillite » (2-3). Dans ces conditions, l'on peut se demander si les termes généraux employés par Renouard correspondent exactement à la pensée de leur auteur et ne l'ont pas dépassée.

Celui-ci n'a fait qu'adopter l'opinion émise par M. Charamaule, qui déclarait : « Je crois que le droit commun répond à l'objection. Le Code civil a établi formellement que tous les biens présents et à venir sont le gage des créanciers. Il serait extraordinaire que, contrairement aux termes formels de la loi, on crût que tous

(1) MEYNIAL, note sous un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 1887 ; S. 1889, 1. 81.

(2) M. Teste, dans son intervention, n'a parlé que de ces biens. Certes, il a cité l'arrêt de la Cour de Paris du 2 février 1835 (S. 1835, 2. 347), refusant au syndic le droit d'intervenir dans une instance dirigée contre le failli à l'occasion de sa nouvelle industrie, mais l'origine des biens n'a pas été précisée.

(3) Chambre des députés, séance du 9 février 1835 (*Moniteur officiel* du 10 février 1835, 1^{er} supplément, p. 294).

les biens à venir n'appartiennent pas aux créanciers. Il est évident que, dans le cas où le failli possédera des biens nouveaux, là surtout doit s'appliquer le principe que les biens à venir sont le gage des créanciers comme les biens qu'il possédait au moment de la faillite » (1). Or, cette opinion, ainsi que M. Teste le fit remarquer et que M. Renouard le reconnut dans la suite (2), ne résolvait pas la question. Elle ne tranchait pas les contestations soulevées entre la masse et les créanciers nouveaux et ne précisait en rien les droits de la masse à l'égard de ces biens. Elle ne faisait que constater le droit des créanciers sans aucune distinction de catégorie sur les biens à venir du débiteur. Que les biens nouveaux du failli soient le gage des créanciers, c'est cela seul que l'on a affirmé, et l'on ne saurait en douter ; mais il ne s'ensuit pas que ceux-ci soient exclusivement affectés en gage à la masse des créanciers et que le failli en soit dessaisi. La discussion n'a pas porté sur le pouvoir du failli de disposer de ces biens envers la masse, ni sur les droits des créanciers nouveaux. Au lieu d'interdire à ceux-ci de pouvoir faire valoir les droits qu'ils ont pu acquérir, les paroles de M. Charamaule semblent plutôt leur reconnaître ce droit.

Quoi qu'il en soit de ce point, il est une circonstance qui doit faire perdre à la formule employée par le rapporteur la plus grande partie de son importance. Il n'est pas certain qu'elle ait été consacrée par la rédaction définitive de l'article 443 qui n'émane pas de la commission de 1835,

(1) Chambre des députés, séance du 9 février 1835 (*Moniteur officiel* du 10 février 1835, 1^{er} supplément, p. 294).

(2) RENOUARD, *op. cit.*, t. I, p. 302.

mais est le résultat d'un remaniement postérieur (1). « Qui pourrait dire », déclare M. Meynial, « si par l'addition faite en 1838 c'est à l'opinion du rapporteur qu'on a voulu donner force de loi, ou si l'on a voulu seulement trancher l'hypothèse prévue par M. Teste. A interroger strictement le texte, il se plie aussi aisément à l'une ou à l'autre des deux branches de l'alternative. En effet, pour qui est familier avec le langage habituel du Code, les biens qui échoient sont ceux qui adviennent à titre gratuit ; les autres n'échoient pas (2), ne tombent pas aux mains du bénéficiaire, il faut se donner la peine de les acquérir, de les attirer à soi. Cela suffit, à notre avis, à faire naître le doute au sujet de l'article 443, et le doute, en droit commercial surtout, ne saurait s'interpréter qu'en faveur de l'utilité pratique » (3).

Nous n'hésitons pas à adopter l'opinion formulée par M. Meynial. L'article 443 ne peut fournir d'argument contre le non-dessaisissement du failli des biens nouvellement acquis par l'exercice d'une industrie (4). Les termes

(1) La rédaction actuelle provient d'une revision complète du premier projet réalisée par une nouvelle commission. Le nouveau projet a été présenté à la Chambre des pairs le 17 janvier 1837 (*Moniteur officiel* du 18 janvier 1837, p. 122. et du 8 mai 1837, p. 115).

(2) Il est à noter que la nouvelle commission a employé le mot « échoir », qui s'applique parfaitement à l'hypothèse soulevée par M. Teste : biens provenant de succession ou de donation. Elle n'a pas utilisé la formule « biens à venir » employée par MM. Renouard et Charamaule qui, dans la langue juridique, a un sens plus large englobant même les biens acquis à titre onéreux. Peut-être n'est-ce pas sans intention qu'elle a agi ainsi.

(3) MEYNIAL, note précitée.

(4) La formule de l'article 443 laisse aussi quelques doutes à M. Renouard lui-même, lorsqu'il dit : « La rédaction actuelle de la loi, quoiqu'elle ne soit peut-être pas encore assez explicite, me paraît

mêmes de cet article paraîtraient plutôt justifier une limitation du dessaisissement aux seuls biens qui pourront échoir au failli à titre gratuit.

A côté de cet argument de texte, l'on ajoute habituellement une autre considération qui militerait en faveur d'une interprétation rigoureuse de cet article. Elle a été présentée pour la première fois par Renouard et souvent répétée depuis. « Quel sera donc », dit cet auteur (1), « le but d'un concordat qui remet le failli à la tête de ses affaires et lui permet des opérations nouvelles s'il peut, avant tout concordat, opérer, contracter, sauf à dire à ses créanciers anciens : « Prenez ce que je vous laisse, j'agirai librement sur de nouveaux frais ? » En réalité, cet argument a peu de valeur, car le concordat conserve toute son utilité.

Par le concordat le failli recouvre la disposition des biens dont il était dessaisi et les créanciers qui l'ont consenti ne peuvent prétendre à rien d'autre qu'au paiement des dividendes concordataires à leur échéance. Si ceux-ci sont payés, le débiteur agit librement et les créanciers concordataires ne peuvent se saisir d'aucun des biens qu'il possède. S'il s'agit, au contraire, d'un failli qui se livre à une nouvelle industrie au lendemain du jugement déclaratif, la masse peut toujours mettre la main sur les biens nouveaux. L'exercice du commerce est précaire, il dépend de la bonne volonté des créanciers. C'est là une différence fondamentale entre les deux situa-

avoir résolu cet ordre de questions, et il faut aller jusqu'à dire nettement que le dessaisissement opère contre le failli, le dépouille de tout ce qu'il acquerra de quelque manière que ce puisse être ». (RENOUARD, t. I, p. 302).

(1) RENOUARD, t. I, p. 303.

tions dont l'importance est telle qu'elle conduira le failli à essayer d'obtenir un concordat pour se mettre à l'abri des poursuites qui peuvent anihiler ses efforts. Le but du concordat reste donc entier.

La conclusion à laquelle nous arrivons est donc profondément différente de celle à laquelle la plupart des auteurs se rallient (1). Le failli peut entreprendre un commerce parce que c'est pour lui l'exercice d'un droit personnel. Il peut contracter et agir seul en justice pour le seul motif qu'il n'est pas dessaisi des biens qu'il a affectés à son commerce.

L'on nous objectera sans doute que nous consacrons un dédoublement du patrimoine contraire au principe de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine, en admettant que le failli n'est pas dessaisi des biens acquis par lui à titre onéreux. Mais le respect de ce principe d'origine purement doctrinale, que ne consacre aucun texte, s'impose-t-il dans notre droit ?

Ce principe auquel Aubry et Rau, développant la théorie du patrimoine de Zacharie, ont donné son expression définitive, est encore admis couramment par les interprètes. Cependant, il a été souvent attaqué et il convient peut-être de le condamner.

Le fondement de la conception d'Aubry et Rau est que « l'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité » (2). Le patrimoine est essentiellement une

(1) MM. Lacour et Bouteron, dans leur *Précis de droit commercial* (t. II, p. 332 et s. et 528 et s.), adoptant comme nous la doctrine de M. Meynial, sont arrivés aux mêmes conclusions et nous ont souvent servi de guide au cours des développements qui suivent.

(2) AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français* (revu par BARTIN, 5^e édition 1917), t. IX, § 573, p. 333.

manifestation de l'individualité de l'homme dont il est le prolongement. Patrimoine et personnalité sont deux notions étroitement unies qui se fondent même presque complètement, « le patrimoine étant, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il a ou pourra avoir des droits » (1). Ainsi le patrimoine, « émanation » de la personnalité, avec laquelle il se confond presque, devient inséparable de la personne humaine. C'est la conclusion que formulent ces auteurs dans les trois propositions suivantes :

- 1° Les personnes peuvent seules avoir un patrimoine ;
- 2° Toute personne a nécessairement un patrimoine ;
- 3° La même personne ne peut avoir qu'un patrimoine.

Par suite de cette corrélation étroite existant entre la personne et le patrimoine, les caractères du patrimoine se dégagent logiquement et nécessairement identiques à ceux de la personnalité.

Comme la personnalité elle-même, le patrimoine est un et indivisible. Il en résulte qu'une personne ne peut posséder qu'un seul patrimoine et surtout que ce patrimoine ne peut être divisé en plusieurs fractions. L'unité de la personne et la nature intellectuelle du patrimoine s'opposent à ce que ce dernier puisse être divisé en plusieurs universalités juridiques, distinctes les unes des autres. Cette indivisibilité du patrimoine produit même un effet particulier. Les créanciers, dont les obligations pèsent sur la personne de leur débiteur, ont un droit de gage

(1) AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 573, note 6, p. 334.

également indivisible sur tout son patrimoine. En conséquence, l'on doit « reconnaître que tous les biens faisant partie du patrimoine d'une personne sont indistinctement affectés à l'acquittement de toutes ses obligations » (1). Une masse de biens particulière ne peut être affectée à une catégorie distincte de créanciers.

A côté de l'indivisibilité, ces auteurs mettent en relief un second caractère du patrimoine : l'inaliénabilité. En tant qu'universalité, celui-ci ne peut être aliéné volontairement ni même faire l'objet d'une expropriation forcée. « L'idée de l'aliénation du patrimoine, en effet, présenterait un véritable contre-sens puisque, n'ayant pas d'existence propre et indépendante, il ne saurait se comprendre détaché de la personne à qui il appartient » (2). Seuls, les biens qu'il comprend pourront faire l'objet d'une aliénation. En conséquence, le droit de gage des créanciers, tout en s'étendant sur le patrimoine lui-même, « n'est susceptible de s'exercer que sur les éléments dont il se compose » (3).

Cette théorie est parfaitement logique, mais elle ne semble pas rigoureusement exacte. Plusieurs auteurs l'ont critiquée et ont, en particulier, mis en doute le principe de l'unité du patrimoine (4).

(1) AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 579, p. 368.

(2) AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 577, p. 349.

(3) AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 579, p. 366.

(4) DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 383 et s.

GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, 2^e édit. 1919, t. I, p. 141-144.

GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*. (Thèse Dijon, 1910-1911).

Adde : Les auteurs cités dans Demogue, *op. cit.*, p. 388, notes 1 et 2.

Certes, s'il est « naturel de se représenter l'ensemble des droits et des obligations d'une personne comme formant un tout complexe, indépendamment des objets particuliers qui le composent et soumis à un régime homogène répondant à l'idée d'universalité juridique » (1), il convient néanmoins de se demander s'il en résulte qu'une personne ne peut avoir qu'un patrimoine ou si son patrimoine peut comprendre d'autres universalités.

Partant d'une idée purement conceptuelle d'un lien existant nécessairement entre la personnalité et le patrimoine, Aubry et Rau en déduisent qu'une même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine. Cette affirmation n'est légitime qu'autant que l'on désigne par patrimoine l'aptitude qu'a un individu à avoir des droits pécuniaires, mais si l'on ne voit plus dans le patrimoine que l'ensemble des biens d'une personne envisagé comme formant une universalité juridique, elle cesse de l'être (2). Si la personne humaine, qui est une par essence, est nécessairement indivisible, l'on conçoit néanmoins qu'un ensemble de biens soit toujours divisible. Certes, cet ensemble de biens forme une universalité juridique, mais pour que cette universalité soit indivisible, il faudrait démontrer qu'elle ne peut se composer d'éléments plus petits, comprendre d'autres universalités juridiques.

(1) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 143.

(2) Aubry et Rau emploient le mot dans les deux sens. C'est en lui donnant le premier sens qu'ils peuvent écrire que la personne qui n'a actuellement aucun bien a un patrimoine. Lorsqu'ils définissent le patrimoine « l'ensemble des biens d'une personne envisagé comme formant une universalité de droits » (AUBRY ET RAU. *op. cit.*, § 573, p. 333), ils donnent à ce mot son deuxième sens.

Sur ce point, voyez GAZIN ; *op. cit.*, p. 419 et s.

Cette démonstration, ces auteurs ne l'ont pas apportée (1). Elle était impossible à établir dans notre droit qui admet que le patrimoine peut se composer d'universalités juridiques distinctes. Par l'effet du bénéfice d'inventaire ou de la séparation des patrimoines, les biens héréditaires forment un patrimoine distinct dans le patrimoine de l'héritier. L'hérédité elle-même peut se diviser en masses séparées lorsqu'un ascendant exerce un droit de retour légal. Les biens grevés de substitution forment un ensemble particulier dans le patrimoine du grevé de substitution et les créanciers de celui-ci ne peuvent compter sur eux pour se payer de leurs dettes. Le patrimoine de l'absent, transmis aux envoyés en possession, constitue aussi dans le patrimoine de ceux-ci un groupe de biens ayant une existence indépendante.

Obligés de constater ces dérogations à la règle de l'indivisibilité du patrimoine, Aubry et Rau déclarent que si « le patrimoine est, en principe, un et indivisible, notre droit reconnaît cependant certaines universalités juridiques qui s'en distinguent » (2). Le principe de l'indivisibilité du patrimoine se trouve ainsi condamné par l'existence d'exceptions aussi importantes et aussi

(1) Sur les critiques de la méthode employée par ces auteurs, voyez GÉNY, *op. cit.*, p. 124 et s. ; GAZIN, *op. cit.*, p. 481 et s.

Ces auteurs, en effet, déduisent de leur définition du patrimoine qu'il est lié à la personnalité, qu'il est un et indivisible. Cependant, ces déductions n'apparaissent pas clairement. Pour en établir la vérité, il eût fallu démontrer qu'elles existent nécessairement, qu'elles sont conformes à la réalité, ce qu'ils n'ont pas fait. Le droit, en effet, s'il a une existence idéale, conceptuelle, n'est pas une pure création mentale, il se forme empiriquement. Il est donc nécessaire de vérifier par l'examen des faits si les déductions que l'on admet ne s'éloignent pas de ces faits eux-mêmes.

(2) AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 574, p. 338.

nombreuses reconnues par la loi. Si vraiment le patrimoine n'était pas, comme la personne humaine, susceptible de se diviser, comment le Code civil aurait-il pu le fractionner en universalités juridiques distinctes les unes des autres ?

Nous n'avons fait mention jusqu'ici que des exceptions au principe admises par Aubry et Rau, mais il est, dans notre droit, d'autres groupes de biens grevés d'un passif particulier, soumis à un régime spécial qu'il est difficile de ne pas considérer comme formant des universalités juridiques particulières. La dot n'est autre qu'un patrimoine mis en réserve dans l'intérêt de la femme et de la famille, sur lequel les créanciers dotaux ont seuls action. Le patrimoine réservé de la femme mariée, institué par la loi du 13 juillet 1907, destiné à subvenir aux besoins de la famille, constitue aussi une universalité juridique distincte (1). Le bien de famille insaisissable, les navires d'un armateur fournissent d'autres exemples de division du patrimoine d'un individu.

La nature même du patrimoine ne le rend donc pas indivisible. Le nombre des universalités juridiques distinctes du patrimoine que nous avons relevées montre que leur création répond à une nécessité.

Il peut être parfois utile, pour réaliser une fin déterminée, qu'une fraction des biens d'une personne

(1) Dans la dernière édition du traité d'Aubry et Rau, M. BARTIN fait remarquer qu'il convient d'ajouter aux universalités reconnues par ces auteurs : le patrimoine réservé de la femme mariée. (AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 574, p. 339).

Sur la dot, universalité juridique ; voyez BARTIN, note sous Cassation, *Dalloz* 1901, 1, 149.

soit placée sous un régime homogène distinct de celui auquel est soumis le reste de son patrimoine et puisse être considérée comme formant un ensemble complexe, une universalité. Une telle division du patrimoine présente, en effet, l'avantage de permettre de faire varier la garantie accordée aux créanciers par un débiteur sur un ensemble de biens, soit dans l'intérêt des créanciers eux-mêmes, soit en faveur du débiteur ou de sa famille (1).

Grâce à la séparation des patrimoines, les créanciers du défunt se trouvent protégés contre l'insolvabilité de l'héritier. En cas d'acceptation bénéficiaire de la succession, cette institution réalise une fin différente et assure la protection des intérêts de l'héritier et de ses créanciers. La dot, le patrimoine réservé de la femme mariée, le bien de famille insaisissable, servent à assurer les intérêts de la femme ou de la famille. Ces résultats ne peuvent être efficacement obtenus que grâce à la création d'universalités juridiques indépendantes dans le patrimoine d'un individu. Pourquoi, au nom d'un principe dont la vérité n'est pas établie, les interdirait-on, alors que l'on considère que la justice les exige ?

Le principe d'indivisibilité du patrimoine, incapable de justifier toutes les solutions légales, ne présente aucune utilité. Il serait plutôt une gêne en empêchant l'adaptation progressive du droit aux besoins de la pratique, aux conceptions d'une époque. Il convient donc de le rejeter

(1) Les rapports entre la notion de patrimoine et celle de garantie accordée par un débiteur à ses créanciers ont été nettement mis en relief et développés par M. Demogue (*op. cit.*, p. 383 à 404). Leur exposé l'a conduit à rejeter le principe d'indivisibilité du patrimoine.

et d'admettre qu'un même patrimoine peut se fractionner en plusieurs universalités juridiques.

Lorsqu'un débiteur est déclaré en faillite, son patrimoine se divise en deux masses distinctes : l'une affectée à la masse de ses créanciers, l'autre dont il conserve la libre disposition. Il semble logique d'admettre que ces deux masses forment deux universalités juridiques distinctes.

C'est la conception qui est formellement consacrée par la loi allemande. Au jour du jugement déclaratif, le patrimoine du failli s'immobilise et se détache de sa personne. Ses éléments actif et passif sont immuablement fixés. Tous les biens que possédait le failli sont définitivement affectés au paiement des seuls créanciers existants à ce moment. Le patrimoine en liquidation s'isole entièrement des droits et des obligations qui pourront naître en la personne du failli et devient une masse autonome. A côté de ce patrimoine, qui acquiert une existence indépendante, dont on compare le passif à l'actif afin de déterminer une relation proportionnelle, un dividende, apparaît un deuxième patrimoine. Celui-ci reste attaché à la personne du failli qui en a la libre disposition. Tout ce qu'il acquiert à titre onéreux ou à titre gratuit en fait partie, et les dettes nouvelles qu'il contracte ne peuvent s'exécuter que sur ces biens. Le législateur a même poussé à un tel point la séparation de ces patrimoines que, tant qu'ils existent, la masse des créanciers ne peut mettre la main sur ce nouveau patrimoine. Les biens qui le composent sont insaisissables à leur égard.

La conception française de la faillite semble permettre d'adopter une solution analogue, mais non identique. La

faillite est « par essence une procédure collective de liquidation applicable au patrimoine d'un débiteur » (1-2).

(1) C'est la formule même employée par M. Percerou dans un de ses articles : « La faillite et la liquidation judiciaire après décès, en droit français » (*Journ. des Fail.* 1905, p. 461), qui ajoute : « Elle suppose donc un patrimoine séparé, une masse de biens distincte. »

L'on trouve, d'ailleurs, l'expression de la même idée dans la plupart des auteurs (voyez, par exemple : THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, revu par PERCEROU, 4^e édition, 1922, p. 1029. « Ce jugement emporte sur l'ensemble de l'actif, sur tout le patrimoine du commerçant, une sorte de *mainmise* ou *séquestre* »).

Nous ferons incidemment remarquer que la faillite après décès, admise en droit français, porte atteinte à l'unité du patrimoine de l'héritier. Dans tous les cas, même lorsque celui-ci accepte la succession purement et simplement, l'on se trouve obligé de considérer celle-ci comme étant restée indépendante de son patrimoine car, malgré le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier, c'est l'hérédité qui se trouve seule en faillite (sur ce point, voyez l'article cité, *Journ., des Fail.* 1905, p. 504^e et s.).

(2) Si l'on s'en tient à la conception classique du patrimoine, cette définition de la faillite semble inexacte. Certes, le droit de gage qui appartient aux créanciers est indivisible et porte sur tout le patrimoine du débiteur, mais le patrimoine étant inaliénable et indivisible, ce droit de gage ne peut s'exercer que sur les éléments qui le composent et non sur le patrimoine lui-même. La faillite cesse d'être alors la liquidation d'une universalité juridique dont on compare le passif et l'actif tout entier, mais une voie d'exécution destinée à réaliser en faveur de créanciers déterminés les biens possédés par un débiteur. C'est là une conception qui satisfait moins l'esprit, car elle ne met plus en relief le caractère unitaire et collectif de cette procédure, englobant tous les biens d'un débiteur et tous les créanciers existants à un moment déterminé. Cependant, il semble plus naturel de considérer cette mise en œuvre du droit de gage des créanciers comme la liquidation d'un patrimoine. Le régime de faillite est un régime homogène ayant pour but la liquidation d'un tout complexe : les droits et les obligations du failli. Cela correspond parfaitement à la notion d'universalité juridique où l'on ne distingue pas les objets particuliers formant ce tout. Nous n'hésiterons donc pas à considérer la faillite comme la liquidation d'un patrimoine dont on compare l'actif et le passif afin d'obtenir une relation proportionnelle, un dividende.

Cependant, le failli n'est pas interdit, il peut contracter de nouvelles dettes, inopposables à ses créanciers, mais qui n'en produisent pas moins leur plein effet à son égard. Il peut acquérir de nouveaux biens dont il n'est pas dessaisi et qu'il administrera seul. Ces biens doivent logiquement répondre de toutes ses dettes. Le principe posé par l'article 2.092 du Code civil : les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers, l'exige impérieusement. La nécessité où se trouve le failli d'assurer sa subsistance et celle de sa famille et, au besoin, de se procurer du crédit auprès de ses fournisseurs, conduit à la même conséquence. Il se forme ainsi un patrimoine particulier soumis au régime du droit commun, qui ne se confond pas avec le patrimoine en liquidation placé sous la mainmise des créanciers et régi par les règles de la faillite. Si on avait voulu interdire un pareil dédoublement du patrimoine du failli, il aurait fallu frapper celui-ci d'interdiction, lui retirer l'administration et la disposition de tous ses biens et obliger la masse à pourvoir en tous cas à son existence.

La division du patrimoine du failli en deux universalités juridiques distinctes rend parfaitement compte de la situation dans laquelle se trouve le failli exerçant un commerce nouveau. Celui-ci est dessaisi du patrimoine de faillite comprenant les biens qu'il possédait lors de sa faillite et ceux qu'il a pu acquérir par la suite. Il lui est donc rigoureusement interdit d'utiliser ces biens dans ses opérations commerciales nouvelles et, en particulier, de chercher à attirer à lui son ancienne clientèle. Ainsi se justifient les deux conditions imposées au failli pour que sa nouvelle entreprise soit licite.

Par contre, il n'est pas dessaisi de son patrimoine de formation récente, c'est-à-dire des biens qu'il a pu se pro-

curer à l'occasion de son nouveau négoce. Il contractera seul sur ces biens et, s'il s'élève des contestations sur les opérations auxquelles il a pu se livrer, il figurera seul dans les actions en justice. Tous les actes qu'il accomplira seront valables à l'égard de tous, y compris la masse.

Toutefois, il ne faudrait pas exagérer les conséquences de cette doctrine et dénier tous droits à la masse sur les biens de formation récente. A la différence du droit allemand, les deux patrimoines ne sont pas entièrement séparés, le patrimoine récemment créé n'acquiert pas une autonomie absolue, il fait partie du patrimoine du failli. Les biens qui le composent rentrent dans le gage général de tous les créanciers, y compris les créanciers dans la masse. Le régime particulier de la faillite cessant de s'appliquer, le droit commun reprend son empire et les articles 2.092 et 2.093 du Code civil exigent que les biens présents et à venir d'un même débiteur soient ainsi donnés en gage à ses créanciers.

Il en résulte que les créanciers dans la masse sont protégés contre les actes de leur débiteur par les moyens que le droit commun accorde aux créanciers, pour leur permettre d'assurer la conservation et la réalisation de leur gage.

Ils pourront faire annuler les actes frauduleux accomplis par le failli à leur préjudice, par application de l'article 1167 du Code civil. Ils bénéficieront des dispositions de l'article 1166 du Code civil, qui leur permettra de faire valoir les droits dont leur débiteur a négligé l'exercice. Ils auront la faculté d'intervenir dans les procès où leur débiteur se trouvera engagé à l'occasion de ses nouvelles opérations, et, s'il y a lieu, de recourir à la voie de la tierce opposition. Ils pourront même appréhender tous les

biens nouveaux de leur débiteur afin de se payer sur le prix que leur réalisation fournira, sauf à respecter les droits qui peuvent appartenir sur ceux-ci aux créanciers postérieurs au jugement déclaratif.

Il ne faudrait pas en conclure, d'ailleurs, que le droit commun s'applique intégralement et que la situation du débiteur et des créanciers soit exactement la même que si celui-ci était encore *in bonis*. La faillite est un fait qui s'impose à tous et qui ne sera pas sans entraîner certaines conséquences.

Les créanciers dans la masse ne pourront eux-mêmes exercer ces droits ; seul le syndic gardien de leurs intérêts aura ce pouvoir, car les poursuites individuelles sont suspendues. C'est là une règle indépendante du dessaisissement et qui résulte de l'état de faillite du débiteur (1).

Quant au failli, le jugement déclaratif constitue à son égard une présomption d'insolvabilité et le dessaisit des biens qu'il possédait. Par suite de la généralité de cette mesure, ce sera toujours à lui de justifier qu'il opère sur des ressources dont il conserve la libre disposition et qu'il ne touche en rien aux biens de la faillite. Le syndic aura toujours le droit de s'en assurer, et c'est dans cette mesure seulement que celui-ci pourra surveiller et contrôler les nouvelles opérations du failli.

(1) Il en sera ainsi au moins tant que la faillite est encore ouverte et n'a pas été close pour insuffisance d'actif. Dans ce cas, les créanciers dans la masse recouvrent leur droit de poursuite individuelle concurremment avec le syndic. C'est de ce fait que l'on peut tirer la preuve que l'interdiction des poursuites individuelles est indépendante du dessaisissement et vise seulement à assurer l'égalité entre créanciers et à éviter des frais inutiles.

Nous ne nous écarterons de la jurisprudence que sur un point auquel les auteurs ne semblent pas non plus avoir adhéré. Il s'agit du droit pour le syndic de s'opposer à tout engagement préjudiciable à la masse et de faire annuler cet engagement au cas où le failli et le tiers avec qui il est en relations d'affaires auraient passé outre à l'opposition.

En résumé, on est conduit à reconnaître sensiblement les mêmes droits tant au failli qu'à la masse dans les deux opinions. Ce n'est que dans le fondement de ces droits qu'apparaît la différence. La doctrine courante les tire du dessaisissement tempéré par l'équité. Pour nous, les effets de l'article 443 du Code de commerce ne s'étendant pas au commerce nouveau créé par le failli, ils dérivent du droit commun qui reprend son empire dès que le droit commercial cesse de s'appliquer. Cette différence, si elle n'entraîne pas de divergences appréciables, lorsqu'il s'agit de déterminer la capacité du failli à l'égard de la masse, conduira à des différences profondes dans le règlement des droits respectifs des créanciers anciens et nouveaux sur les biens de formation récente.

DEUXIÈME PARTIE

DROITS RESPECTIFS DES CRÉANCIERS ANCIENS ET DES CRÉANCIERS NOUVEAUX

Le patrimoine du failli forme un ensemble complexe. Son actif se compose des biens qu'il possédait lors de la déclaration de faillite, de ceux qui lui sont échus depuis à titre gratuit, et aussi de ceux qu'il a pu acquérir par son travail ou par l'exercice d'un commerce nouveau. Au passif figurent les dettes antérieures à la faillite et les dettes postérieures, parmi lesquelles on peut distinguer celles afférentes aux libéralités reçues par le failli, celles qui sont nées à l'occasion de son commerce, et celles qui ont une autre origine quelconque.

Il semble naturel d'admettre que tous les créanciers aient action sur les biens ou au moins sur une fraction des biens qui rentrent dans ce patrimoine, sauf à ne pas leur reconnaître un droit strictement égalitaire sur l'ensemble de cet actif. Par suite de l'état de faillite où se trouve le débiteur, une autre question se pose incidemment : comment ces divers créanciers pourront-ils faire

valoir leurs droits sur ce patrimoine ? Devront-ils recourir aux saisies individuelles, à une seconde mise en faillite ou à une-simple mainmise du syndic ?

L'étude des droits respectifs des créanciers anciens et nouveaux soulève un double problème (1). Comment et dans quelle mesure les créanciers pourront-ils exercer leurs droits à l'encontre du failli ? Quelle est l'étendue du droit de chaque catégorie de créanciers, c'est-à-dire comment convient-il de régler le conflit d'intérêt existant entre les créanciers ?

Ce sont ces deux problèmes que nous étudierons successivement.

(1) Par créanciers anciens nous entendons les créanciers compris dans la masse et les créanciers dits « de la masse », c'est-à-dire ceux envers qui la masse se trouve obligée. Par créanciers nouveaux nous entendons les créanciers afférents au commerce nouveau, et ceux qui sont devenus créanciers du failli seul, sans qu'on puisse les considérer comme créanciers de la masse.

CHAPITRE PREMIER

DES POURSUITES QUE LES CRÉANCIERS ANCIENS ET NOUVEAUX POURRONT EXERCER SUR LES BIENS NOUVELLEMENT ACQUIS

Au cours de l'exercice de sa nouvelle industrie, le failli peut acquérir de nouveaux biens dont il conserve l'administration, mais qui n'en sont pas moins soumis au droit de gage appartenant à ses créanciers anciens, soit au sens de l'article 2092 du Code civil, si l'on admet qu'il n'en est pas dessaisi, soit au sens de l'article 443 du Code de commerce si l'on adopte l'opinion d'après laquelle ces biens doivent être soumis au régime institué par cette disposition. Quant aux créanciers afférents au commerce nouveau, les auteurs et la jurisprudence sont d'accord, ainsi que nous le montrerons, pour ne pas les dépouiller de tous droits sur ces biens (1). Pour nous qui avons admis que le nouveau patrimoine acquis par le failli est soumis au droit commun, nous sommes par là même conduit à leur accorder le droit de se payer sur ces biens.

Cependant, le débiteur étant en état de faillite, les créanciers anciens et nouveaux ne pourront exercer leurs poursuites de la même façon que s'il était encore *in bonis*.

(1) Sur les droits appartenant aux divers créanciers, sur l'actif nouvellement créé par le failli, voyez *infra*, chapitre II, p. 111 et s.

La faillite, en effet, crée une situation particulière. Le failli est soumis au dessaisissement, les créanciers antérieurs sont groupés en une masse que représente le syndic. Comment, dans ces conditions, les créanciers anciens et nouveaux pourront-ils faire valoir leurs droits ?

§ 1. — CRÉANCIERS ANCIENS

Les créanciers anciens peuvent toujours mettre la main sur tout ce qui compose le nouvel avoir du failli. Ils se saisiront des meubles et immeubles acquis par le failli, les feront vendre et se paieront sur le prix en provenant. Si des tiers sont devenus débiteurs du failli, la masse fera saisie-arrêt sur les sommes qui sont ainsi dues à celui-ci, ou prendra toute autre mesure qu'elle jugera utile pour en assurer le recouvrement. Elle réunira à l'actif de la faillite le nouvel établissement fondé par le failli s'il est encore entre ses mains, ou, s'il a été vendu, fera saisie-arrêt sur la créance du prix dû par l'acheteur.

Tant que le débiteur est en état de faillite ouverte, c'est au syndic seul qu'il appartient de faire valoir les droits de la masse, les poursuites individuelles étant interdites aux créanciers la composant. Si l'on admet que les biens nouveaux sont soumis au dessaisissement, le syndic pourra, dans le but de les liquider, les placer sous sa gestion en remplissant les formalités imposées par le Code de commerce pour l'appréhension des biens possédés par un débiteur lors de sa mise en faillite (1).

(1) Il y aura lieu de faire apposer des scellés et de procéder à l'inventaire suivant les formes prescrites par l'article 480 du Code de commerce.

Si, au contraire, l'on considère que les biens récemment acquis par le failli échappent au dessaisissement, le syndic devra en tous cas recourir à la procédure de saisie. Ces biens n'étant pas en effet soumis au régime de faillite, c'est la seule voie d'exécution qui lui soit ouverte pour les réaliser en faveur de la masse, sauf à tenir compte des droits que les nouveaux créanciers ont à faire valoir.

Une situation particulière peut se présenter : le débiteur est en état de faillite, mais les opérations de sa faillite sont closes pour insuffisance d'actif. Le syndic conserve ses fonctions, mais les créanciers ont recouvré l'exercice de leurs actions individuelles. Ils ont alors le droit d'exercer des saisies sur les biens affectés par leur débiteur à son nouveau commerce. Ils pourront même, si l'actif nouvellement formé a une certaine importance, demander la réouverture des opérations de la faillite, afin que le syndic puisse s'emparer des biens nouveaux et les répartir entre les créanciers (art. 527 Code de com.) (1).

Lorsque la masse appréhende ainsi les valeurs nouvellement acquises par le failli, on a parfois voulu reconnaître à celui-ci le droit de conserver une fraction des ressources qu'il a pu se procurer par l'exercice d'une nouvelle industrie. Certains auteurs dont Pardessus ont eu tendance à l'admettre (2). Cette opinion, fondée surtout

(1) Le bénéfice des saisies individuelles exercées par les créanciers dans la masse ne leur appartient pas définitivement. Ils devront les restituer à la masse lorsque la réouverture des opérations de la faillite aura été prononcée. Cela résulte de l'article 528 du Code de commerce, alinéa 2. qui veut que les frais des poursuites individuelles exercées par ces créanciers pendant la clôture de la faillite soient préalablement rapportés.

(2) PARDESSUS. — *Cours de droit commercial*, t. V., n° 1117, p. 52. BÉDARRIDE, n° 84 bis, p. 96 *in fine* et p. 97.

sur des considérations d'humanité et d'équité, ne se justifie pas en droit. Certes le débiteur ne doit pas être privé de toutes ressources afin de ne pas tomber dans le plus complet dénûment. Il convient dans ce but de faire échapper au droit de gage de ses créanciers une partie de ses biens, mais on ne peut le faire que dans les conditions et sous les limites édictées par la loi (1). Les articles 469 et 474 du Code de commerce exigent, pour qu'il en soit ainsi, une proposition du syndic à laquelle adhère le juge commissaire (2). Tant que ces conditions ne sont pas remplies, le failli ne peut prétendre conserver par devers lui aucun de ses biens sous le prétexte qu'ils lui sont nécessaires pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille (3).

La jurisprudence, dans des décisions déjà anciennes il est vrai, mais auxquelles les auteurs ont donné leur adhésion, a néanmoins reconnu un véritable droit pour le failli de réclamer une partie des produits de son industrie. Cette portion lui serait allouée par les juges en rémunération de son travail (4). Ces décisions se justi-

(1) Renouard, t. 1, p. 299.

(2) Après l'ouverture de l'union, l'article 530 du Code de commerce exige en outre un vote des créanciers et le consentement de la majorité d'entre eux.

(3) Le failli invoquerait en vain une déclaration d'après laquelle le syndic aurait reconnu n'avoir aucun droit à l'égard des biens résultant de l'industrie personnelle du failli, car en faisant pareille déclaration celui-ci excéderait ses pouvoirs.

Paris, 6 juillet 1855, D. 1855, 2, 360; S. 1855, 2, 479.

Cass., 5 novembre 1875, D. 1874, 1, 60; S. 1874, 1, 169.

(4) Lyon-Caen et Renard, t. VII, n° 249, p. 260.

Alauzet, t. VII, p. 106.

Paris, 6 juillet 1855, D. 1855, 2, 360; S. 1855, 2, 479.

Trib. com. Seine, 6 janvier 1869, D. 1869, 3, 102.

fient dans une certaine mesure. Elles accordent au débiteur les sommes nécessaires à son entretien, que la masse eût dû lui abandonner à titre de secours. Cependant elles adoptent une solution en désaccord avec le droit des faillites (1). Le principe admis est inexact : le failli n'a rien à recevoir, en égard à l'importance de son travail, il ne peut que réclamer des secours en rapport avec ses besoins. Les conditions auxquelles est soumis l'octroi de secours au failli ne sont pas respectées, car la concession de ces secours ne dépend du tribunal que si une contestation surgit à leur sujet entre le juge commissaire et le syndic. Il paraît donc préférable d'admettre que les créanciers dans la masse peuvent toujours réunir à l'actif de la faillite tous les biens affectés au commerce nouveau (2).

(1) Les auteurs posent seulement ce principe d'après la jurisprudence qui n'est peut-être pas très catégorique sur ce point. Outre que les recueils d'arrêts ne mentionnent aucune décision postérieure à celles citées habituellement, celles-ci n'ont peut-être pas grande valeur. Le jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 6 janvier 1869 ne mentionne ce droit qu'incidemment à l'occasion d'une autorisation, limitant les droits de la masse, demandée par le failli. Dans le jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 9 novembre 1854 (confirmé avec adoption de motifs par l'arrêt du 6 juillet 1855), le syndic s'en était remis à justice pour l'emploi des sommes qu'il prétendait appréhender. Ainsi s'explique que le Tribunal ait décidé « qu'il est juste, dans un sentiment d'équité à raison des travaux et de l'industrie de Thomas, de lui appliquer sur ce gage une part rémunératoire desdits travaux », sans justifier cette rétribution en droit.

(2) On a tiré aussi argument de l'esprit de l'article 488 du Code de commerce décidant que les syndics peuvent se faire aider par le failli dans leur gestion et que le juge commissaire fixera les conditions de son travail. (Labori et Schaffhauser, répertoire encyclopédique du droit français, Toulouse, 1893. V. Faillite, n° 102 — Thaller, créanciers dans la masse et créanciers de la masse en faillite. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1881, nouvelle série, t. X.)

Il est cependant une différence très nette entre les deux situations. Dans l'hypothèse de l'article 488 du Code de commerce, le failli,

En fait, cependant, il arrivera souvent que la masse n'use pas très rigoureusement de ses droits envers le failli et qu'elle lui laisse la disposition de l'actif nouvellement créé. Le failli exerçant un commerce nouveau ne réclame souvent pas les secours qu'il peut se faire octroyer en vertu des articles 469, 1^o, et 474 du Code de commerce. Lorsque la masse se saisit de l'actif de formation récente, le débiteur, dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins les plus urgents, se prévautra des droits que ces dispositions lui accordent. Aussi la masse n'appréhendera les nouvelles valeurs qu'en connaissance de cause, afin de ne pas se trouver obligée de restituer d'une main ce qu'elle prend de l'autre et parfois même au delà.

Si le failli ne gagne que le strict nécessaire pour assurer sa subsistance et celle de sa famille, elle le laissera agir librement, sans prétendre à quoi que ce soit de ses gains. Bien plus même, si le débiteur réalise des bénéfices assez importants, elle se gardera de s'en emparer au jour le jour. Si elle agissait ainsi, elle entraverait le développement de la nouvelle entreprise du débiteur qui, fatigué de cette immixtion continuelle, ne tarderait pas à renoncer à poursuivre plus longtemps des efforts dont il ne tire aucun profit (1).

employé de la masse, a droit à une rémunération afin d'assurer sa subsistance. Dans le cas qui nous occupe, le failli ne collabore qu'indirectement à la liquidation, il travaille pour son propre compte, et il a déjà prélevé sur les produits de son travail les sommes nécessaires à son entretien. Au reste, les tribunaux n'assimilent pas les deux hypothèses. Le salaire du failli employé de la masse est fixé avant son entrée en fonctions. La part rémunératoire du failli commerçant est déterminée seulement après que les résultats du travail sont connus et en considération de ces résultats (Paris, 6 juillet 1855 précité).

(1) BÉDARRIDE, *loc. cit.*

PARDESSUS, *loc. cit.*

D'autres circonstances peuvent décider la masse à laisser le failli à la tête de son nouvel établissement. Les biens que la déclaration de faillite a placés sous la gestion du syndic apparaissent amplement suffisants pour désintéresser les créanciers compris dans la faillite. La masse a l'intention d'accorder un concordat au failli et juge inutile d'entraver les nouvelles opérations par une mainmise inopportune. La nouvelle entreprise ne paraît pas assez florissante pour que l'on puisse retirer de sa liquidation quelque valeur positive, et le syndic préfère ne pas s'emparer des valeurs qui la composent afin d'éviter les lenteurs et les complications qu'entraînerait leur réalisation (1).

(1) Il peut alors arriver que la procédure de faillite se close sans que les biens affectés à la nouvelle entreprise du failli aient été liquidés.

Si la faillite a été close par concordat, le débiteur a recouvré la libre disposition de son patrimoine. Les créanciers anciennement compris dans la masse pourront, s'il y a lieu, obtenir l'annulation ou la résolution du concordat. Les créanciers nouveaux pourront provoquer une nouvelle mise en faillite de leur débiteur, si celui-ci cesse ses paiements.

Si la faillite a été close par union, une question particulière se pose si l'on adopte l'opinion d'après laquelle les biens affectés à la nouvelle entreprise étaient soumis au dessaisissement. Le dessaisissement continue-t-il à les atteindre après clôture de la faillite ?

Sans doute il doit en être ainsi si les nouvelles opérations commerciales du failli ont été réalisées avec des valeurs détournées de l'actif de la faillite, car la clôture de la liquidation ne doit pas lui permettre de profiter de ce détournement. La règle *frans omnia corrumpit* doit s'appliquer dans toute sa rigueur. (Caen, 31 août 1870, S. 1871, 2. 27, p. 1871. 100).

En dehors de ce cas particulier, il semble bien que la masse ne peut plus considérer ces biens comme étant encore soumis au dessaisissement. Certes, l'on admet généralement que la règle contraire doit être acceptée pour plusieurs raisons. Aucun texte du Code de commerce n'a tranché cette question, l'article 537, 3^e alinéa, de ce

§ 2. — CRÉANCIERS NOUVEAUX

Lorsque les créanciers dans la masse ont appréhendé les biens nouvellement acquis par le failli, les créanciers postérieurs au jugement déclaratif peuvent intervenir dans la procédure de liquidation de ces biens afin de faire valoir leurs droits. Il n'y a sur ce point aucune difficulté; mais il n'en est plus de même lorsque les créanciers nouveaux exercent des poursuites de leur chef. Il arrive souvent que le commerce nouveau du failli n'est pas plus heureux que celui qu'il avait précédemment exercé. Le débiteur se trouve encore une fois en dessous de ses affaires, il n'exécute pas ses obligations à leur échéance, une nouvelle cessation de paiements se produit. Les créanciers nouveaux ont-ils alors le droit d'obtenir une seconde mise en faillite du débiteur afin de se payer sur ses biens avant que la première faillite ne soit close ?

La grande majorité des auteurs leur dénie ce droit, déclarant qu'en tous cas la faillite doit être unique en

code ne s'étant occupé que du cas normal où tous les biens du débiteur ont été liquidés. Il serait injuste de permettre « qu'une dissimulation, une erreur ou un hasard non imputables aux créanciers de la faillite fit, à leur détriment, échapper au régime égalitaire du concours des biens qui, par leur date, devraient y être soumis ». (PERCEROU, t. II, n° 1087. — Voyez les auteurs et arrêts cités *supra*, p. 17, note 2). Dans l'hypothèse qui nous occupe, ces arguments perdent leur valeur. Il ne s'agit plus d'un fait imputable à la masse des créanciers. Celle-ci a volontairement laissé au failli la disposition de ces biens; elle ne peut donc maintenant prétendre qu'il en est dessaisi. En conséquence, les créanciers qui la composaient pourront seulement faire valoir sur ces biens les droits qu'ils ont en pareille circonstance : exercer des poursuites individuelles sans pouvoir faire à nouveau déclarer leur débiteur en faillite,

vertu de la règle « faillite sur faillite ne vaut » (1). Cependant la jurisprudence se montre moins rigoureuse à leur égard et admet qu'ils peuvent obtenir une nouvelle faillite de leur débiteur, bien qu'il soit déjà en état de faillite (2).

Exposons les deux thèses en présence.

Les arguments que l'on invoque pour justifier la thèse de l'unité de faillite sont nombreux. Outre le principe de l'unité du domicile, seul élément qui justifie la compétence du tribunal pour déclarer la faillite (art. 438 du Code de com.), le principe de l'unité du patrimoine exige impérieusement cette solution. Dans la faillite, ce n'est pas tel ou tel établissement du débiteur qu'il s'agit de liquider, c'est l'ensemble du gage des créanciers qu'il importe d'administrer et de réaliser, en un mot, le patrimoine du débiteur au sens de l'article 443 du Code de commerce. Bien plus, la procédure est dans son essence

(1) La question de l'unité de la faillite se pose dans d'autres circonstances. Le débiteur dirigeait simultanément, en son nom personnel, deux établissements commerciaux distincts et indépendants situés dans deux ressorts judiciaires différents. Il se peut aussi qu'il ait exercé le commerce en son nom en même temps qu'il participait à la direction d'une société en tant qu'associé en nom collectif ou commandité.

La grande majorité des auteurs déclare que l'on doit apporter la même solution à toutes ces hypothèses, les circonstances dans lesquelles se présente la question ne devant fournir aucun argument contre cette solution, qui découle des principes généraux du droit. Cependant nous entendons ne discuter cette question que dans le cas du commerce créé pendant la faillite. C'est d'ailleurs dans ce seul cas que l'opposition de principe entre la jurisprudence et les auteurs est nettement marquée.

(2) Seuls, parmi les auteurs, MM. LACOUR et BOUTERON (*op. cit.*, t. II, n° 2150, p. 530 et 531), rejettent le principe de l'unité de la faillite et se rallient à la conception de la jurisprudence.

collective, même à l'égard des créanciers; elle les englobe tous dans la masse. Il est impossible que le débiteur soit failli à l'égard de certains, alors qu'il ne le serait pas à l'égard des autres, pour le seul motif que les uns se rattachent à un établissement et les autres à un autre. C'est pourquoi, « quand un commerçant a été déclaré en faillite, il n'y a plus place pour un nouveau jugement déclaratif; il ferait double emploi avec le précédent. En d'autres termes, la faillite affecte l'état de la personne dont elle altère la capacité; elle est une et complète, elle affecte la situation entière du débiteur présente et future; les effets qu'elle produit sont généraux (1). »

Le Code n'a pas formellement déclaré qu'une seule faillite était possible, mais cela résulte de l'ensemble de ses dispositions. Si l'on examine les différents actes de la procédure, l'on constate qu'ils visent tous à l'unité des opérations et ne peuvent laisser place à une dualité de procédures simultanées. C'est dans le ressort du domicile du failli qu'a lieu la déclaration de faillite (art. 438 du Code de com.). Le jugement déclaratif est publié au lieu où la faillite a été déclarée et aux « lieux où le failli a des établissements commerciaux » (art. 442 du Code de com.). Toute la procédure suppose qu'il n'y a qu'une masse de créanciers, un actif et un passif, et vise à réaliser l'ensemble des biens du débiteur (2).

(1) BEUDANT, Note sous Paris, 30 août 1967; D. 1868, 2. 113.

(2) M. Beudant (note précitée) ajoute en outre : « Pourquoi l'article 439, 1^o, permet-il de ne déposer le bilan que postérieurement à la déclaration de faillite; pourquoi l'article 462 autorise-t-il à nommer jusqu'à trois syndics, si ce n'est à cause des retards et des difficultés auxquels peuvent donner lieu les vérifications à faire, les mesures à prendre dans les établissements éloignés du lieu où la

Ce que la loi veut, c'est une liquidation unitaire centralisée; en conséquence, elle interdit les poursuites individuelles aux créanciers, elle centralise les opérations entre les mains du syndic afin d'assurer un règlement uniforme des intérêts en conflit; elle dessaisit le débiteur de tous ses biens afin de liquider son patrimoine en une seule fois. Tout cela implique une seule procédure, un seul tribunal compétent. Ainsi s'expliquent les dispositions des articles 438 et 635 du Code de commerce, et 69, alinéa 7, du Code de procédure civile « en matière de faillite, est compétent le juge du domicile du failli ».

Cette solution est d'ailleurs conforme aux besoins de la pratique. La dualité de faillite ne serait pas sans soulever des contestations entre les deux tribunaux quant à leur compétence, d'où nécessité de régler de juges. Les jugements rendus pourraient présenter une contrariété nuisible à la bonne marche de la procédure. A chaque instant, de graves complications surgiraient entre les créanciers, car on ne saurait à quel signe reconnaître que tel bien se rattache plus à une exploitation qu'à une autre. Sans aucun avantage, la procédure serait sans cesse retardée et les frais augmentés.

faillite se poursuit? » L'idée est peut-être exacte, mais nous ne croyons pas qu'il y ait là un argument susceptible de faire écarter la dualité de faillite. Ces dispositions se comprendraient même s'il y avait deux procédures en cours. L'article 439, 1^o, du Code de commerce a pour but d'empêcher tout retard dans la déclaration du failli au cas où il n'aurait pas tous les éléments nécessaires pour établir son bilan. Quant à l'article 462 du Code de commerce, s'il permet de nommer trois syndics, ce n'est que pour réaliser une liquidation plus rapide et plus facile. Le débiteur peut, en effet, avoir des biens éloignés, délicats à liquider, mais qui ne composent pas un établissement commercial et, comme tels, ne pourraient en aucun cas justifier une faillite spéciale si on en admet la possibilité.

La procédure de faillite doit donc rester unique. Les créanciers postérieurs au jugement déclaratif ne pourront obtenir une nouvelle mise en faillite du débiteur. Comment pourront-ils faire valoir leurs droits à l'encontre de celui-ci ?

Les auteurs qui admettent cette opinion s'expliquent peu sur ce point. Certains de ses partisans déclarent bien qu'au cas de clôture pour insuffisance d'actif les créanciers nouveaux pourront demander au tribunal de rouvrir la faillite (1). Les termes très généraux de l'article 528, alinéa 1, du Code de commerce, qui accorde ce droit au failli ou à tout intéressé, permettent peut-être une telle interprétation. Cependant les créanciers nouveaux n'étaient pas compris dans la masse de la faillite, n'y sont jamais entrés, comment peut-on les considérer comme intéressés à la réouverture d'une procédure à laquelle ils ne sont pas partie ? Il se peut que, grâce à ses nouvelles acquisitions, le failli ait intégralement désintéressé ses anciens créanciers ; comment, dans ces conditions, peut-on reconnaître aux créanciers postérieurs au jugement déclaratif le droit de faire rouvrir une faillite dont la masse est disparue et surtout de produire à cette faillite ?

La faillite peut aussi être encore ouverte lorsque la nouvelle cessation de paiements se produit. Comment les créanciers nouveaux pourront-ils alors exercer leurs poursuites ? Les auteurs qui admettent le principe de

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. VIII, n° 778.

MASSÉ, t. II, n° 1240 bis, p. 119.

En ce sens : Trib. com. Marseille, 10 décembre 1890 (*Journ. des Fail.* 1891, art. 1385, p. 87).

Contra : Trib. com. Senlis, 16 janvier 1883 (*Journ. des Fail.* 1883, art. 226, p. 371).

l'unité de faillite n'apportent aucune réponse à cette question. Essayons de résoudre ce problème.

Tout d'abord, il est certain que les créanciers nouveaux ne peuvent obliger le syndic à appréhender les biens affectés à la nouvelle entreprise afin de les liquider. Ces créanciers sont en dehors de la masse puisqu'ils ont traité avec le failli dessaisi. Le syndic représentant la masse n'est chargé de veiller qu'aux intérêts de celle-ci ; il a donc toujours la faculté de négliger ce nouvel actif et de le laisser à la disposition du failli. Il y a même parfois avantage à agir ainsi. La réalisation des biens nouvellement acquis entraîne des lenteurs et des complications dans la procédure, oblige souvent la masse à allouer des secours au failli dont elle se trouvait dispensée et surtout peut constituer une opération onéreuse pour elle. Que ces biens n'aient qu'une faible valeur, qu'ils soient insuffisants pour couvrir les frais occasionnés par leur liquidation, c'est la masse seule qui répondra de ce déficit avec l'argent provenant de la liquidation des autres biens (1).

Dans la plupart des cas le syndic refusera donc de mettre la main sur le nouvel actif. Les créanciers nouveaux seront obligés de poursuivre le débiteur de leur chef ; ils n'auront que la ressource de pratiquer des saisies individuelles. Le droit de saisie que l'on peut ainsi reconnaître à ces créanciers n'en est pas moins bizarre. La faillite, dessaisissant le débiteur de tous ses biens, ayant

(1) Si l'on reconnaît aux créanciers nouveaux un droit de préférence à l'encontre des créanciers dans la masse sur l'actif de formation récente (droit admis par les partisans du principe de l'unité de faillite), la masse perd le plus souvent tout intérêt à s'occuper de la liquidation de cet actif, dont le seul résultat serait de retarder la clôture de la faillite.

pour but essentiel une liquidation unique centralisée entre les mains du syndic, permettrait ainsi en dehors d'elle des liquidations indépendantes s'exerçant sur des biens particuliers. Cependant, dès que l'on reconnaît quelques droits aux créanciers nouveaux sur l'actif de formation récente, l'on se trouve obligé de leur accorder la possibilité de les faire valoir par voie de saisie (1).

Pour éviter ces réalisations de biens particuliers en dehors de la faillite, il faudrait contraindre la masse à mettre la main sur ce nouvel actif et à le liquider sur la seule demande des créanciers nouveaux, ou obliger ces créanciers à attendre la clôture de la faillite pour exercer leurs droits. Ces deux solutions méconnaissent trop les intérêts de l'une ou de l'autre de ces catégories de créanciers et comportent trop d'inconvénients pour ne pas être rejetées.

Le principe de l'unité de la faillite, même ainsi tempéré, est parfaitement logique dans le système admettant que le failli est dessaisi de ses biens présents et à venir, y compris ceux affectés à son commerce nouveau. Le failli dessaisi de tout son patrimoine qui fait l'objet d'une liquidation ne peut être à nouveau dessaisi d'une fraction de ce patrimoine qui serait comprise dans une seconde liquidation.

(1) Ce droit de saisie soulève une difficulté. Le créancier saisissant devra-t-il diriger sa poursuite contre le syndic ou contre le failli? L'article 443 du Code de commerce décide que toute voie d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles, ne peut être suivie ou intentée que contre les syndics. Il semblerait donc que le syndic dût être nécessairement mis en cause. Cependant, nous avons vu que le failli a capacité de s'obliger et d'agir seul en justice. Logiquement, dès qu'on lui accorde une telle capacité dans la gestion de sa nouvelle entreprise, c'est contre lui seul que doivent être dirigées les poursuites.

Cependant la jurisprudence, tout en admettant que le dessaisissement s'applique aux produits du commerce nouveau, s'est nettement placée en contradiction avec cette doctrine, en reconnaissant la possibilité de faillites simultanées. Pour elle, une cessation de paiements afférente à l'établissement nouvellement créé peut motiver une seconde mise en faillite ou en liquidation judiciaire avant la clôture des opérations de la première procédure (1).

Ce sont des considérations pratiques qui l'ont conduite à adopter cette solution. Par suite de l'existence de la règle « Faillite sur faillite ne vaut », les créanciers nouveaux se trouvent placés dans des conditions défavorables pour faire valoir leurs droits. Si la faillite est close pour insuffisance d'actif, ils peuvent, dit-on, obtenir la réouverture des opérations de cette faillite. Mais le tribunal compétent pour la reprise des opérations est celui de la faillite, qui peut être très éloigné du nouveau domicile du failli. Ils doivent fournir la justification qu'il existe des fonds suffisants pour couvrir les frais de la procédure. Ils perdent le bénéfice des nullités de la période suspecte. Si on leur refuse le droit de demander la réouverture des opérations de la faillite, ou si la faillite est encore ouverte, ils ne peuvent exercer que des saisies individuelles. Pour le seul motif que leur

(1) Cass., 8 mai 1878 ; S. 1878, 1. 309 ; D. 1879, 1. 101.

Poitiers, 28 juin 1908 ; S. 1911, 2. 33.

Caen, 29 mai 1882 (*Journ. des Fail.* 1882, p. 279).

Rouen, 9 février 1910 (*Journ. des Fail.* 1910, art. 4947, p. 322).

Cet arrêt admet même la coexistence de trois faillites simultanées.

Adde : arrêts cités : *Pandectes françaises, Répertoire*, V^o Faillite, n^o 1378.

débiteur est déjà en faillite, ils perdent toutes les garanties que le droit commercial leur accorde : égalité entre les créanciers, période suspecte, dessaisissement du débiteur ; ils sont obligés de subir tous les inconvénients que comporte le régime de la déconfiture. Cela semble bien contraire aux conceptions du droit français, qui a reconnu la nécessité d'un droit spécial en faveur des commerçants et d'un régime particulier de réalisation de leurs biens lorsqu'ils ont cessé de faire face à leurs engagements. Il a semblé trop rigoureux aux tribunaux de placer les créanciers postérieurs au jugement déclaratif dans une situation aussi défavorable et ils leur ont accordé le droit d'obtenir une nouvelle mise en faillite de leur débiteur. Cependant, la division des créanciers en deux groupes participant à des procédures distinctes, englobant des biens différents, se comprend assez mal dans leur système admettant que les biens récemment acquis sont frappés de dessaisissement et, comme tels, font partie de l'actif de la première faillite. L'on pourrait leur objecter qu'étant déjà compris dans une liquidation, ces biens ne peuvent faire à nouveau l'objet d'une mesure analogue. Cette objection eût dû conduire la jurisprudence à admettre l'unité de la faillite, tout au moins en principe.

Il eût fallu, même si l'on considère une seconde déclaration de faillite comme nécessaire pour sauvegarder l'intérêt des créanciers, aboutir à une seule procédure. Il suffisait, pour cela, de prononcer la fusion des deux procédures en appel ou en première instance, ou recourir à la voie de règlement de juges pour trancher le conflit existant entre deux tribunaux également compétents. Ainsi la règle de l'unité de faillite eût été respectée ; celle-ci,

en effet, n'interdit pas que deux faillites soient prononcées, mais elle exige impérieusement qu'une seule liquidation fonctionne (1).

Une dualité de faillite, en effet, peut seulement se concevoir dans la mesure où il existe des biens qui ne sont pas déjà compris dans une liquidation. Si l'on admet avec nous que le failli n'est pas dessaisi des biens affectés à son commerce nouveau, ces biens formant un patrimoine distinct du patrimoine en liquidation, une seconde faillite devient possible (2). La règle « Faillite sur faillite ne vaut », qui ne figure nulle part dans le Code de commerce, peut être rejetée.

En faveur du principe de l'unité de faillite, l'on invoque diverses dispositions de ce Code et principalement les articles 438 et 440, donnant compétence au tribunal du domicile du failli (3-4). Or, dit-on, s'il est possible d'avoir plusieurs résidences, il n'existe en principe qu'un seul domicile. Mais cela n'est vrai qu'autant que l'on se

(1) PERCEROU, t. I, n° 268, p. 264.

(2) La jurisprudence pourrait peut-être se justifier en partie par le fait que, lorsqu'il s'agit de régler le conflit des créanciers entre eux, l'opinion la plus courante n'hésite pas à considérer que les biens affectés au commerce nouveau forment un véritable patrimoine sur lequel les créanciers commerciaux nouveaux viennent se payer par préférence. Cependant il n'en est pas moins vrai que ce patrimoine, déjà soumis au dessaisissement, rentre dans la première faillite et ne peut motiver la déclaration d'une seconde faillite.

(3) L'argument tiré de l'article 442 du Code de commerce, qui prescrit la publication du jugement déclaratif de faillite aux lieux où le failli a des établissements commerciaux, n'a aucune valeur dans l'hypothèse qui nous occupe. Il s'agit, en effet, d'un établissement postérieur à ce même jugement.

(4) Pour la liquidation judiciaire, la compétence du tribunal du domicile est déterminée par l'article 2, alinéa 1, de la loi de 1889.

place à une époque déterminée, car une personne peut, par suite de changement de localité, avoir deux domiciles successifs et distincts.

Peut-être nous objectera-t-on que le failli ne peut acquérir un nouveau domicile pendant la durée de sa faillite. Cette interdiction trouverait sa justification dans le fait que s'il était permis au failli d'avoir un nouveau domicile éloigné du lieu de la faillite, il pourrait entraver la marche de la procédure. Les articles 455, 472 et surtout l'article 475 du Code de commerce, d'après lequel le débiteur doit pouvoir comparaître devant les syndics dans les quarante-huit heures sous peine de banqueroute, paraissent même motiver cette exigence (1).

Ainsi formulée, la règle semble trop générale. Si l'on conçoit qu'à l'égard de la masse le failli soit toujours censé domicilié au lieu de la faillite, il ne peut s'agir là que d'un domicile purement spécial, fictif, pour faciliter la procédure et qui ressemble fort à une élection de domicile. Pour satisfaire aux exigences du Code de commerce, il suffit que le débiteur laisse en ce lieu un fondé de pouvoirs ou, tout au moins, si le syndic le tolère, qu'il lui fasse connaître son nouveau domicile afin de pouvoir être averti à temps en cas de besoin. L'on admet le failli à fonder une nouvelle entreprise qui sera souvent éloignée du lieu de la faillite ; il est difficile de lui interdire d'acquérir à cette occasion un nouveau domicile à l'égard des tiers étrangers à la faillite avec lesquels il est en relations

(1) Trib. com. Seine, 18 mars 1904. (*Journ. des Fail.*, article 4078, p. 367).

Douai, 7 février 1852, S. 1852, 2. 309, D. 1852, 2. 235.

CAMBERLIN, *op. cit.*, p. 571.

d'affaires. Il faudrait, dans le Code de commerce, une disposition formelle en ce sens, afin d'écarter l'application du principe posé par l'article 102 du Code civil: Toute personne a son domicile au lieu où elle a son principal établissement (1-2).

Quand bien même le failli conserverait son ancien domicile, il ne s'ensuivrait pas que le tribunal dût refuser de déclarer une seconde faillite, car il s'agit de biens qui peuvent ne pas être compris dans l'ancienne procédure. La faillite, en effet, n'a pas pour but de liquider l'ensemble du patrimoine du failli, mais les seuls biens qui rentrent dans le gage général des créanciers, au sens de l'article 443 du Code de commerce. Dès qu'on reconnaît au failli la faculté de créer une masse de biens qui n'est pas soumise au dessaisissement, il faut admettre logiquement que la faillite ne s'étend pas à tout le patrimoine, mais seulement à la fraction déterminée par cet article 443.

Le débiteur, malgré son état de faillite, administre seul les biens affectés à son nouveau commerce, il figure seul dans les actions judiciaires qui les concernent. A l'égard de ce patrimoine nouvellement créé, il a une capacité aussi large que s'il n'était pas failli. Le jour où il cesse

(1) L'on ne saurait, en tous cas, refuser au failli le droit d'acquérir un domicile nouveau lorsque sa faillite est close pour insuffisance d'actif. Les articles précités du Code de commerce n'ont trait qu'à l'hypothèse d'une faillite dont les opérations sont encore en cours.

(2) Il résulte de la combinaison des articles 635 du Code de commerce et 59 du Code de procédure civile, que le tribunal de commerce qui a déclaré la faillite est seul compétent pour tous les litiges soulevés par la faillite. Cet article ne saurait qualifier ce tribunal pour trancher les procès qui s'élèvent entre le débiteur et ses nouveaux créanciers. Ils ne donnent, en effet, compétence à ce tribunal que pour les procès prenant leur source et puisant leurs éléments de solution dans le droit propre à la faillite, ce qui n'est pas le cas.

à nouveau ses paiements, il doit pouvoir être déclaré en faillite afin de liquider ce patrimoine. L'on a admis une exception à la généralité du dessaisissement ; il faut accepter toutes les conséquences qu'elle comporte (1).

C'est seulement dans des cas particuliers qu'une seconde déclaration de faillite deviendra impossible parce qu'alors la procédure a conservé son caractère collectif originaire. Le failli s'est-il servi dans son nouveau négoce de marchandises détournées de l'actif de la faillite, celles-ci n'ont pas cessé de faire partie de cet actif. Les créanciers qui ont traité récemment avec le failli ne peuvent prétendre à aucun droit vis-à-vis de la masse et il n'y a pas place pour une nouvelle faillite (2). La même solution s'impose au cas où le syndic exerçant le droit de gage de la masse a mis la main sur les nouvelles ressources, sauf à obliger celle-ci à respecter, par des mesures appropriées, les droits des créanciers postérieurs au jugement déclaratif.

En principe nous admettons donc la possibilité de faillites cumulées, l'une portant sur le patrimoine du failli tel que le détermine l'article 443, l'autre particulière au patrimoine nouveau que le failli s'est créé

(1) La jurisprudence a parfois admis une dualité de faillite au cas de nouveau commerce entrepris par le failli postérieurement au jugement déclaratif en se fondant sur une considération inexacte. La clôture de la faillite pour insuffisance d'actif doit faire considérer la faillite comme inexistante tant qu'un jugement prononçant le rapport de la clôture n'est pas intervenu et, en conséquence, rien ne peut faire obstacle à une seconde déclaration de faillite (Paris, 30 août 1867 ; D. 1868, 2. 113).

Cette opinion est rejetée par tous les auteurs et par la Cour de Cassation elle-même. L'on ne peut donc, pour ce seul motif, admettre la possibilité d'une nouvelle faillite. (Voyez BEUDANT, note sous cet arrêt.)

(2) Cass., 21 décembre 1875 ; S. 1877, 1. 341.

au cours de l'exercice de son commerce. Nous croyons même que l'on ne pourrait songer à unifier les deux procédures soit par voie de règlement de juges (article 363 du Code de procédure civile), soit par voie de recours en Cassation pour contrariété de décisions (article 504 du Code de procédure civile). Ce qui nous conduit à cette opinion, c'est qu'en réalité les deux différends sont nettement distincts. Ce ne sont pas les mêmes créanciers qui demandent la mise en faillite ou en liquidation judiciaire, et cette mesure ne portera pas sur les mêmes biens. Il n'y a d'identité qu'au point de vue du débiteur qui est l'objet de cette mesure.

Il n'y aurait même pas lieu de prononcer la fusion des deux procédures en une seule, ainsi que les tribunaux le font souvent dans une hypothèse analogue. Lorsqu'une société en nom collectif ou en commandite tombe en faillite, la jurisprudence admet que les associés indéfiniment responsables peuvent être, s'il y a lieu, l'objet d'une double faillite : l'une au lieu où ils exerçaient le commerce en leur nom personnel, l'autre connexe à la faillite de la société. En fait, elle décide souvent de réunir les deux faillites en une seule afin d'en centraliser les opérations au mieux des intérêts des créanciers (1). Cette mesure peut alors se comprendre, car les deux faillites peuvent être menées parallèlement, ayant pour objet la liquidation d'un seul et même patrimoine (2).

(1) Limoges, 26 novembre 1859; D. 1860, 2. 39.

Cass., 9 juin 1882 (*Journ. des Fail.* 1882, p. 205).

(2) On peut cependant lui adresser la critique d'entraîner des complications dans la liquidation, car le commerce distinct pouvait s'exercer en un lieu éloigné du siège de la société. Voyez Pic : *Traité des faillites des sociétés commerciales*, p. 24.

Dans l'hypothèse d'un commerce nouveau entrepris par le failli, cette mesure ne se justifie plus. Les deux faillites doivent avoir une existence autonome, car les biens qu'elles comprennent ne sont pas les mêmes et les intérêts des divers créanciers sont distincts et souvent même opposés. Comment pourrait-on, en particulier, faire fonctionner les actions en nullité de la période suspecte ? Suivant que l'on considère l'une ou l'autre des deux liquidations, cette période n'a pas la même origine ni surtout les mêmes effets, les sommes rapportées à la première faillite ne devant profiter qu'aux seuls créanciers de cette faillite (1).

L'on nous objectera peut-être que, par suite de la généralité de la première liquidation et du droit de gage qu'avait la masse de cette faillite sur les biens nouveaux, celle-ci doit englober la seconde liquidation. Il n'en est rien. Certes, le patrimoine qui est resté à la disposition du failli est une fraction intégrante de son patrimoine, mais il a une existence distincte du patrimoine en liquidation. Cela suffit pour justifier le maintien de deux procédures séparées. La

(1) Il est à noter que la jurisprudence n'a jamais ordonné la fusion des procédures dans l'hypothèse qui nous occupe. On a parfois dit le contraire (voyez par exemple, *Journ. des Fail.* 1922, Questions théoriques et pratiques, p. 110), mais cette affirmation n'est due qu'à une confusion. L'on pourrait même remarquer que la jurisprudence est fixée en sens contraire. Un arrêt de la cour de Rouen du 9 février 1910 (*Journ. des Fail.*, 1910, art. 4947, p. 322) a, en particulier, refusé la fusion de trois faillites pour les motifs « qu'à raison du désaccord qui pourrait surgir entre les trois masses quant à la propriété de l'actif, il est, en tous cas, préférable que chacune d'elles conserve un représentant distinct » et que la fusion ne présenterait aucun avantage.

Voyez aussi Lyon, 12 juillet 1869 ; D. 1870, 2. 10. Cet arrêt prend en considération l'éloignement existant entre les créanciers afférents aux deux faillites.

masse ne peut d'ailleurs s'en plaindre. Le syndic pouvait, devait même, faire valoir le droit de gage appartenant aux créanciers dans la masse sur les biens nouveaux, il n'y eût eu ainsi qu'une seule procédure ; il ne l'a pas fait, les créanciers nouveaux ont agi avant lui, la masse doit subir les conséquences de son inaction.

En fait, la fusion des deux faillites en une seule ne présenterait que des inconvénients. Les retards causés par la liquidation de l'une des deux masses de biens influeraient sur la rapidité des opérations de la faillite. L'éloignement des biens affectés au commerce nouveau et des créanciers afférents à ce négoce exigerait souvent la nomination de deux syndics entre lesquels des contestations pourraient s'élever. Le conflit d'intérêts existant entre les créanciers nécessiterait des mesures spéciales d'administration qu'il est du pouvoir des tribunaux d'ordonner, mais qui sont souvent d'une application délicate.

Pour assurer au mieux la protection des droits de chaque catégorie des créanciers : créanciers antérieurs au jugement déclaratif, créanciers postérieurs à ce jugement, une dualité de procédure de liquidation des biens de leur débiteur est nécessaire. Le tribunal dans le ressort duquel se trouve l'établissement commercial récemment créé prononcera un nouveau jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire, si le débiteur remplit les conditions imposées par la loi de 1889. Il nommera de nouveaux organes : syndics et juge commissaire pour mener à bonne fin la liquidation. Le jugement déclaratif sera publié suivant les règles de l'article 442 du Code de commerce. Il déterminera la date de la cessation des paiements, et une période suspecte différente de la première s'ouvrira. Le débiteur sera dessaisi des biens affectés au négoce

nouveau. Tous les créanciers, y compris ceux de la première masse, participeront à l'affirmation et à la vérification des créances (1).

La coexistence des procédures ne sera pas sans entraîner une augmentation des frais, mais il ne faut pas oublier que celle-ci résulte en grande partie de l'éloignement des biens qu'il s'agit de liquider par rapport aux biens de l'ancienne faillite. Quant aux complications qu'elle pourra entraîner, elles ne seront pas aussi fréquentes, ni surtout aussi importantes que l'opinion adverse le déclare. Elles résultent plus de l'opposition d'intérêts qui existe entre les deux masses de créanciers que du cumul des faillites. C'est pour donner satisfaction à ces intérêts que la doctrine que nous combattons reconnaît elle-même qu'il pourra y avoir lieu de prendre des mesures spéciales d'administration.

Les difficultés qui pourraient surgir par suite de la coexistence des procédures sont d'ailleurs assez faciles à trancher. Y a-t-il contrariété de décisions ou conflit de compétence, il suffit de recourir, soit à un pourvoi en cassation, soit à un règlement de juges. Cela se produira rarement. S'élève-t-il une contestation entre les deux syndics, soit à l'occasion d'un bien que chacun revendique comme devant faire partie de l'actif de sa faillite, soit pour

(1) Il y a lieu de procéder à une nouvelle affirmation et vérification pour les créanciers déjà affirmés et vérifiés dans la première faillite, l'article 523 du Code de commerce les en dispensant seulement lorsqu'une seconde faillite est intervenue après clôture de la première faillite par concordat ou lorsque ce traité a été résolu. Peut-être pourrait-on admettre néanmoins que ces créanciers pourront ne pas être soumis individuellement à ces mesures. Le syndic est leur représentant; il pourrait donc figurer à ces opérations en leurs lieu et place, sauf à réserver à ceux-ci le droit d'intervenir personnellement,

tout autre motif, il convient, pour la trancher, de s'inspirer de l'idée que la nouvelle faillite ne doit en rien modifier les droits que les créanciers de la première faillite tiennent de cette faillite. Elle ne laissait le failli libre de s'engager que dans une mesure déterminée ; c'est dans cette mesure seulement que la nouvelle faillite peut frapper le débiteur. En conséquence, la seconde liquidation portera sur les seuls biens restés en dehors de la première procédure. Ainsi, si avant la clôture des deux faillites il échoit au débiteur une succession ou une libéralité, seul le syndic de la première faillite pourra mettre la main sur ce nouvel élément d'actif, qui profitera exclusivement aux créanciers de cette faillite. De même, le tribunal de la première faillite connaîtra seul, en vertu des articles 635 du Code de commerce et 59, alinéa 7, du Code de procédure civile, des procès qui peuvent surgir entre les deux syndics (1).

La liquidation en deux procédures de concours distinctes et séparées des biens affectés à un nouveau commerce, d'une part, et de tous les autres biens du failli,

(1) Une des objections le plus souvent adressées au système que nous admettons est que l'on ne saurait comment les articles 59, al. 7, du Code de procédure civile et 635 du Code de commerce, doivent être appliqués lorsqu'il y a cumul de faillite. Il est facile d'y répondre. Chaque faillite, lorsqu'elle aura à plaider contre des tiers, se prévaudra de ces articles, mais, lorsque le conflit s'élèvera entre les deux faillites, seule la première pourra invoquer ces textes. Les créanciers nouveaux, lorsqu'ils traitaient avec le failli, savaient que, si une contestation surgissait entre eux et la masse (par exemple au sujet de la validité des opérations passées avec le failli), ils devaient plaider devant le tribunal de la faillite. L'on ne voit pas pourquoi, par le seul fait d'une nouvelle déclaration de faillite, ils pourraient échapper à l'application de cette règle. L'on admet la possibilité d'une seconde faillite parce qu'il est nécessaire de pouvoir réaliser les biens laissés en dehors de la première faillite, mais cette faillite ne peut atteindre ces biens que sous la condition de respecter les droits déjà acquis.

d'autre part, ne soulève donc pas de difficultés inextricables, ainsi qu'on l'a parfois déclaré (1). Il existe d'ailleurs déjà une situation analogue dans notre droit, lorsque les associés faisant partie d'une société en nom collectif ou en commandite sont déclarés en faillite en même temps que la société. En général, les procédures se déroulent parallèlement devant le même tribunal, mais il peut arriver qu'elles soient poursuivies devant plusieurs tribunaux différents (2). Cependant, personne ne critique sérieusement cet état des choses; il est vrai que le principe de l'unité de faillite est respecté par suite de l'existence juridique indépendante de la société, mais les inconvénients résultant de la pluralité de procédures doivent être identiques à ceux rencontrés dans l'hypothèse qui nous occupe.

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. VII, n° 81.

(2) PIC, *op. cit.*, p. 24.

CHAPITRE II

DU RÈGLEMENT DES DROITS DES CRÉANCIERS ANCIENS ET NOUVEAUX

Le patrimoine du failli se compose de deux catégories de biens nettement distinctes. L'une comprend ceux dont il a été dessaisi par le jugement déclaratif de sa première faillite, l'autre englobe l'ensemble des valeurs affectées au commerce nouveau (1).

(1) Il ne pourra s'élever aucun conflit entre les créanciers anciens et les créanciers nouveaux si les créanciers anciennement compris dans la masse ont été désintéressés, soit que l'actif de la faillite ait été suffisant, soit que de nouvelles ressources soient échues au débiteur, afin de permettre le règlement de leurs droits. Il arrive même que le failli, après clôture de sa faillite pour insuffisance d'actif, paie ses dettes en négligeant de faire rouvrir les opérations de sa faillite, afin d'en obtenir la clôture définitive. (Trib. com. Lyon, 8 mai 1906 ; D. 1906, 5. 59. — Paris, 25 mars 1879 ; D. 1879, 2. 97.) Les créanciers du failli étant alors tous postérieurs au jugement déclaratif, leurs droits se régleront facilement suivant les règles particulières à la faillite.

En fait, cette situation est peu fréquente. Le failli, placé sous le régime de la clôture pour insuffisance d'actif, qui a acquis de nouvelles ressources, préfère les conserver frauduleusement plutôt que les employer à payer ses créanciers. Les créanciers dans la masse et le syndic ignorant la situation pécuniaire du failli, qui s'est transporté dans un autre lieu, négligent de faire valoir leurs droits. Ainsi s'explique le fait que le conflit entre créanciers anciens et nouveaux s'élève surtout lorsque les créanciers postérieurs au jugement déclaratif ont engagé des poursuites pour se payer sur les biens de leur débiteur.

Tout le monde est d'accord lorsqu'il s'agit de régler le sort de la première masse de biens. Tous les éléments d'actif que le débiteur possédait lors du jugement déclaratif, ou qui lui sont échus depuis à titre gratuit, restent, sans aucun doute, affectés au paiement des créanciers de la première faillite ; ces valeurs sont soumises au dessaisissement dans toute sa rigueur. Le failli ne pouvait les utiliser dans son négoce, à plus forte raison, il est impossible qu'elles servent de gage aux créanciers avec qui il a contracté seul. Tant que les créanciers anciens n'auront pas été intégralement désintéressés, les créanciers nouveaux n'auront aucun droit à faire valoir sur ces biens (1).

Il est plus délicat de déterminer les droits que l'on peut reconnaître aux créanciers anciens et nouveaux sur les biens affectés au commerce nouveau. Pour traiter cette question, nous distinguerons deux hypothèses :

1° Une seule faillite a été déclarée ;

2° Une double faillite a été déclarée.

(1) LYON-CAEN et RENAULT, t. VII, n° 250.

BONFILS. — Examen de la jurisprudence commerciale, § 3. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, p. 378.

Trib. com. Alger, 21 novembre 1896. *Pandectes françaises*, 1897, 2. 287.

Trib. com. Seine, 14 décembre 1887, An. D. C. 1888, 1. 48.

SECTION I

Une seule faillite a été déclarée.

La masse peut réunir à l'actif de la faillite les produits de l'activité du failli ; mais, depuis le jugement déclaratif, des tiers ont contracté avec celui-ci, soit à l'occasion de son commerce, soit pour toute autre cause, et ils peuvent être devenus créanciers du failli. La situation de ces créanciers est particulière. Ayant traité avec le failli, après sa mise en faillite, ils ne peuvent être considérés comme créanciers dans la masse. L'on ne saurait pas plus les faire rentrer dans la catégorie des créanciers de la masse ayant droit à un paiement intégral de leurs créances : ils forment une catégorie tout à fait spéciale n'ayant pour débiteur que le failli seul.

Tant que le failli avait la disposition des biens qu'il avait affectés à son nouveau commerce, il avait une capacité suffisante pour payer ses créanciers. Il pouvait utiliser les bénéfices qu'il réalisait à régler ses dettes nouvelles sans que le syndic puisse critiquer les paiements ainsi faits (1). Par l'appréhension que la masse a effectuée des biens de son débiteur, la situation change. Celui-ci est dans l'impossibilité de payer ses créanciers qui ne peuvent plus utilement recourir contre lui à aucune voie d'exécution. Quant à la masse, elle est, jusqu'à présent, restée étrangère aux engagements des créanciers nouveaux ;

(1) Trib. com. Seine, 21 avril 1852 (*Journ. des trib. com.* 1852, p. 158). Cette décision précise même que les paiements peuvent être faits autrement qu'en espèces.

devra-t-elle, par suite du profit qu'elle retire du commerce du failli, se substituer à lui pour l'exécution de ses engagements et payer, tout au moins en partie, les nouvelles dettes ?

La loi n'ayant aucunement prévu cette hypothèse, il est délicat de concilier les intérêts en présence et de répartir les biens acquis par le failli entre ses divers créanciers ; l'on est obligé de recourir aux principes généraux du droit et parfois même à l'équité. Ainsi s'explique que les auteurs ne soient pas toujours d'accord et que la jurisprudence varie souvent dans ses décisions qui, parfois, sont contradictoires.

Trois solutions peuvent être proposées :

1^o Les créanciers anciens ont seul droit aux biens nouvellement acquis ;

2^o Les créanciers commerciaux nouveaux doivent être payés par préférence sur l'actif nouveau ;

3^o Tous les créanciers du failli ont des droits égaux dans la liquidation de l'actif nouveau.

Exposons ces trois conceptions.

§ 1. — Les créanciers anciens ont un droit de préférence
sur l'actif nouveau.

Nous avons déjà exposé que si la doctrine habituellement suivie permet au failli de se livrer au commerce, elle soumet, en principe, au dessaisissement les biens qu'il peut ainsi acquérir. Logiquement, il convient de placer ces biens sous le même régime que ceux possédés par le débiteur lors de la déclaration de faillite, c'est-à-dire les faire rentrer en totalité dans le gage de la masse sans que les créanciers postérieurs puissent concourir avec celle-ci sur la distribution de leur prix.

C'est la solution à laquelle doit conduire le principe de l'unité du patrimoine appliqué dans toute sa rigueur. Par l'effet de la déclaration de faillite, le patrimoine entier du débiteur est entré en liquidation et est affecté au paiement des seuls créanciers dans la masse. Certes, l'actif de ce patrimoine peut encore s'augmenter des biens acquis par le failli, mais son passif ne peut s'accroître du chef de celui-ci sans que la masse y consente. Le failli a cessé de représenter les créanciers qui la composent, il ne peut les engager par ces actes. Si ces derniers appréhendent les biens affectés au commerce nouveau, ils s'en empareront sans avoir à respecter aucune des obligations contractées par leur débiteur.

A notre connaissance, les auteurs et la jurisprudence ne se sont jamais ralliés à une interprétation aussi littérale de la loi et ont cherché à l'écarter par suite de sa rigueur même. Il n'est légitime d'accorder une telle faveur aux créanciers dans la masse que dans l'hypothèse particulière où le commerce nouveau a été entrepris avec des biens détournés de l'actif de la faillite. Ceux-ci font, en effet, partie du gage exclusivement affecté à la masse, dont ils ont été distraits frauduleusement. Le failli avait perdu le droit d'en disposer, les opérations qu'il a accomplies sur eux sont nulles à l'égard de la masse. Les créanciers nouveaux n'ont pu acquérir aucun droit vis-à-vis de celle-ci. Les créanciers anciens se paieront sur ces biens sans tenir aucun compte des obligations contractées par le failli en faveur des créanciers nouveaux, à moins qu'ils ne consentent à les ratifier.

En dehors de cette situation particulière, où la solution admise trouve sa justification dans la fraude commise par le failli et dans la négligence qu'ont montrée ses

cocontractants en ne s'assurant pas que le failli avait la libre disposition des biens qu'il utilisait, il semble trop rigoureux et même contraire aux intérêts de la masse de refuser tous droits aux créanciers nouveaux sur l'actif du failli. Les mêmes motifs, qui conduisent à reconnaître au failli le droit de commercer, doivent justifier un tempérament analogue lorsqu'il s'agit de régler les droits des créanciers nouveaux vis-à-vis des créanciers anciens. Le commerçant dont les biens ne répondraient pas de ses dettes tant que les créanciers de sa faillite ne seraient pas désintéressés, ne jouirait d'aucun crédit. Il ne lui servirait à rien de pouvoir contracter et agir seul en justice, si ses nouveaux créanciers, malgré l'article 2092 du Code civil, n'avaient aucun droit à participer à la réalisation des biens nouvellement acquis.

La condition du failli serait des plus bizarres et celle des créanciers nouveaux se caractériserait par une injustice flagrante. Ils auraient fourni les nouvelles valeurs possédées par le failli, dont la masse pourrait s'emparer sans qu'eux-mêmes soient admis à cette liquidation. Les créanciers anciens seraient payés avec l'argent des créanciers postérieurs au jugement déclaratif. Une telle proposition est difficilement admissible.

§ 2. — Les créanciers commerciaux nouveaux ont un droit de préférence sur le nouvel actif.

L'on reconnaît au failli la capacité d'aliéner et d'hypothéquer les biens nouveaux par lui acquis au cours de son commerce. Il faut admettre que le failli les donne nécessairement en gage aux créanciers avec qui il a contracté après la déclaration de faillite. Les charges des acquisitions faites par le failli, le remboursement des

sommes qui lui ont été prêtées forment un des éléments de la valeur totale des biens acquis dont la masse ne peut s'emparer.

La masse ne peut donc profiter des nouvelles acquisitions que sous déduction des frais et déboursés sans lesquels elles n'auraient pu avoir lieu. En d'autres termes, l'on reconnaît aux nouveaux créanciers du failli, qu'ils aient contracté avec lui au cours de ses opérations nouvelles ou lui aient consenti des avances utilisées dans ces opérations, un véritable droit de préférence. Toutes les dettes afférentes au commerce nouveau deviennent des charges que la masse doit acquitter avant d'avoir droit aux biens qui y sont affectés. Les créanciers nouveaux se trouvent ainsi dans une situation comparable à celle des créanciers de la masse. La grande majorité des auteurs reconnaissant que le dessaisissement doit s'appliquer aux biens nouveaux est d'accord sur ce point, mais cet accord est moins absolu lorsqu'il s'agit de justifier cette situation avantageuse.

M. Boistel (1) fait dériver ce droit d'une obligation personnelle de la masse. En tant que personne morale, la masse peut sans aucun doute s'obliger. Tous ceux qui deviendront créanciers de ce fait seront créanciers de la masse et, leur droit étant opposable à la masse, ils auront droit à un paiement intégral sur l'actif de la faillite. Il suffira pour cela que le syndic ait participé à leurs engagements ou les ait ratifiés. C'est ce qui se produirait dans l'hypothèse qui nous occupe. La masse ayant laissé le failli opérer sans opposition de sa part, ne pourra plus, en vertu de de l'article 443, demander l'annulation des engagements

(1) BOISTEL. — *Cours de droit commercial*, n° 912, p. 605.

qu'il a contractés parce qu'elle est censée les avoir ratifiés, d'où il conclut : « Ces engagements devront être acquittés sur le nouvel actif avant que cet actif ne soit versé dans la masse car, du moins dans la mesure du nouvel actif, les nouveaux créanciers et notamment ceux qui ont fourni des fonds pour les nouvelles opérations, sont créanciers de la masse et non créanciers dans la masse » (1).

M. Thaller présente un raisonnement analogue quoiqu'il se place à un point de vue différent dans un article paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (2). Se proposant de démontrer que la masse n'existe pas en tant que personne morale capable de s'obliger, il donne pour fondement aux droits des créanciers de la masse le privilège des frais de justice (3). En examinant les droits des créanciers afférents au commerce

(1) BOISTEL, *Loc. cit.*

Dans le même sens, Trib. civ. Nogent-le-Rotrou, 15 janvier 1897 (*Gazette du Palais*, 1898, 1. sup. 2).

(2) THALLER. — Des créanciers dans la masse et des créanciers de la masse (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1881, nouvelle série, t. X, p. 630 et s.).

(3) La démonstration que présente cet auteur soulève peut-être sur ce point quelques objections sérieuses. Il semble d'ailleurs avoir lui-même abandonné cette opinion. Dans son *Traité élémentaire de droit commercial* (n° 1701, p. 993), il admet la personnalité de la masse. Il paraît aussi se rallier à la même conception dans un article paru dans les *Annales de droit commercial* (1896, p. 289) « à propos du privilège du bailleur » où il dit « que la masse forme un être juridique capable de se mettre à la place du failli ».

La majorité des auteurs admet d'ailleurs la personnalité de la masse.

LYON-CAEN et RENAUT, t. VII, n° 472.

PERCEROU, t. I, n° 85, p. 87 et s.

GOMBEAUX. — Les créanciers de la masse en faillite. *An. D. C.* 1907, p. 417.

nouveau du failli, il déclare que les nouvelles opérations de ce débiteur sont opposables à la masse, car celle-ci, « en laissant le négociant poursuivre les affaires engagées sans en arrêter plus tôt le cours, a implicitement renoncé à l'action en nullité dont elle était maîtresse. La loyauté la plus vulgaire l'oblige à respecter ces différents actes auxquels elle n'a point participé mais qu'elle a couverts de son approbation pour le cas où elle manifesterait ultérieurement le désir de réunir le produit des nouvelles opérations aux biens déjà séquestrés » (1).

Comme il n'admet pas ce que l'on appelle couramment les engagements de la masse, il démontre que ces dettes nouvelles sont privilégiées en tant que frais de justice, car le débiteur, d'accord avec ses cocontractants, a agi ainsi « en vue de faciliter la liquidation de ses dettes restées en souffrance » (2). La masse, lorsqu'elle appréhende les biens de formation récente, confirme ces intentions, et les dettes nouvelles doivent avoir le caractère de frais de justice comme si le syndic y avait lui-même participé.

La démonstration que présente cet auteur, quant au fondement du droit de préférence qu'il reconnaît aux créanciers nouveaux, soulève une objection sérieuse. Si le privilège de l'article 2101, 1^o du Code civil peut s'appliquer à certaines des opérations de la faillite, il est tout à fait douteux qu'il en soit ainsi dans le cas qui nous intéresse. Rien n'est moins certain que le failli ait eu en vue de faciliter la liquidation de ses biens. Celui-ci cherche à se procurer des moyens d'existence et, si son activité profite à la liquidation, ce n'est qu'accessoirement

(1) THALLER, article précité, p. 653 *in fine* et 654.

(2) THALLER, article précité, p. 653.

et indirectement (1). En outre, il semble assez difficile de considérer les opérations accomplies en dehors de la faillite comme des dépenses engagées pour la conservation, la réalisation, la liquidation des biens du débiteur et la répartition du prix en provenant que, seules, l'article 2101, 1^o garantit (2).

Sans vouloir insister plus longtemps sur cette opinion restée particulière à son auteur, l'idée d'une ratification tacite de la masse qui se trouve à la base des deux systèmes n'est peut-être pas très satisfaisante.

Elle présente le gros inconvénient de ne déterminer en rien les droits que les nouveaux créanciers pourront faire valoir à l'encontre de la masse lorsque le failli a agi à l'insu de celle-ci sur des valeurs nouvelles. Peut-on dire que la masse a ratifié les nouvelles opérations? Elle les ignore, donc elle n'a pu s'y opposer ni les ratifier, et il est difficile d'admettre que la mainmise qu'elle effectue sur les biens nouveaux suffit pour établir qu'il y a ratification.

En dehors de cette hypothèse particulière, il est d'ailleurs douteux que celle-ci ait entendu prendre ainsi à sa charge

(1) La nouvelle activité du failli n'intéresse la faillite que par la dispense de secours qu'elle peut entraîner. Ces secours ne devant plus être octroyés au cas de clôture pour insuffisance d'actif, le failli ne peut plus alors collaborer à la liquidation de sa faillite. Dans cette hypothèse, d'ailleurs, le syndic ignore souvent les nouvelles opérations et le failli conserve par devers lui les nouveaux bénéfices, alors qu'ils seraient suffisants pour justifier une réouverture des opérations de la faillite.

(2) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, § 260, p. 128.

Cass. 10 juillet 1893; D. 1893, 1. 54; S. 1893, 1. 365.

On pourrait peut-être aussi songer à invoquer le privilège des frais faits pour la conservation de la chose (article 2102, 3^o, C. civ.), mais ce privilège présente l'inconvénient de ne porter que sur la chose conservée ou le prix en provenant.

toutes les obligations auxquelles ont donné lieu les biens qu'elle appréhende. Elle n'a pas invoqué jusque-là la nullité résultant du dessaisissement, mais comment peut-on en déduire qu'elle ait renoncé à l'invoquer jamais ? Elle a laissé le failli agir seul dans les limites de sa capacité, elle est restée en dehors de ses engagements. On ne peut conclure de ce seul fait qu'elle a entendu ratifier les nouvelles opérations commerciales du failli. Thaller lui-même reconnaît la faiblesse de ce raisonnement lorsqu'il déclare que si la masse est obligée de respecter les engagements du failli, c'est par l'effet de la loyauté la plus vulgaire (1).

La ratification tacite de la masse, tout au moins dans la construction de M. Boistel (2), eût dû donner aux créanciers nouveaux le droit de se faire payer sur l'ancien actif compris dans la faillite si le nouvel actif était insuffisant pour les désintéresser. Ainsi le veut la théorie des engagements de la masse. Comment se fait-il alors que ces nouvelles dettes ne puissent être acquittées que sur le nouvel actif ? Elles devraient être opposables à la masse pour le tout et non pas seulement dans les limites de cet actif récent. Les obligations contractées par le failli au cours de son second commerce devraient s'exécuter sur les biens qu'il possédait lors du jugement déclaratif, si l'actif nouveau est inférieur au passif nouveau. Il n'est personne qui ne se rende compte combien ce résultat contraste avec le dessaisissement ayant pour but la conservation

(1) THALLER, article précité,

(2) Le système présenté par Thaller ne s'expose pas à cette critique, car le privilège des frais de justice, bien qu'il soit général, ne produit d'effet que vis-à-vis des créanciers auxquels les frais engagés ont été utiles et dans la mesure de leur utilité.

du gage de la masse. Les biens que le failli ne pouvait, par suite du dessaisissement, affecter à son commerce nouveau, serviraient à payer les créanciers de ce commerce, parce que ceux-ci sont assimilés à des créanciers de la masse. Aussi les auteurs et la jurisprudence ont refusé d'accorder un droit aussi étendu aux créanciers nouveaux.

L'idée d'une ratification tacite de la masse est donc insuffisante pour justifier en droit la concession d'un droit de préférence aux créanciers nouveaux sur les biens de formation récente. C'est pourquoi la majorité des auteurs qui reconnaissent le maintien du dessaisissement sur les biens acquis par le failli ont cherché ailleurs un fondement aux droits des nouveaux créanciers. Leur doctrine repose sur l'idée qu'il est parfois nécessaire de tempérer la rigueur du dessaisissement. Ainsi doit-il en être dans l'hypothèse qui nous intéresse, par suite de la connexité existant entre les dettes du failli et les biens qu'il a pu acquérir.

Les obligations contractées par le failli ont parfois un lien si intime avec les biens acquis, qu'on peut les considérer comme ne pouvant être séparés. La connexité existante entre les biens acquis et les dettes qui en résultent fait que ceux-ci n'entrent dans le patrimoine du débiteur que sous condition du paiement des dettes. La conséquence de cet état de choses est que les créanciers dans la masse, lorsqu'ils veulent se saisir de ces biens, ne peuvent y prétendre que déduction faite des charges qui les grèvent.

Les créanciers dont les droits ont pour origine ces valeurs devront avoir sur elles un droit de préférence à l'encontre des créanciers dans la masse. Ces derniers ne peuvent s'en plaindre, car du droit que l'on reconnaît au failli d'acquiescer, doit découler le droit de s'obliger à cette occasion. C'est ce que Renouard formule en termes très

nets : « Les créanciers », dit-il, « représentent le failli, et c'est l'un des cas d'application de la règle en vertu de laquelle ils ne sauraient avoir de son chef, à l'égard des tiers, des droits plus étendus que les siens. Quand on acquiert des biens grevés de charges, on ne devient, en réalité, propriétaire que de la partie de ces biens qui n'est pas nécessaire à l'accomplissement des charges, et cette vérité est aussi évidente pour une masse de créanciers que pour toute autre personne quelle qu'elle soit (1) ».

Partant de cette idée, l'on a, à juste titre, admis que si une succession échoit au failli, les dettes qui la grèvent devront être acquittées avant toute attribution de l'actif de celle-ci aux créanciers dans la masse. De même en est-il pour une donation faite au failli ; celle-ci ne profitera à la masse que déduction faite des charges auxquelles elle est soumise. Cette même idée justifie aussi la règle que les créanciers dans la faillite pourront seulement toucher des revenus de la femme et des enfants du failli la fraction qui pourra en rester après que les charges auxquelles ces biens sont soumis de droit commun auront été acquittées.

L'on peut même utiliser ce procédé dans des hypothèses analogues sans que cette extension prête à critique. Si le failli a contracté dans des conditions avantageuses, la masse, au lieu d'invoquer l'inopposabilité du contrat, en exigera l'exécution en sa faveur, mais elle devra fournir

(1) RENOUD, t. I, p. 293.

D'autres auteurs fournissent un raisonnement analogue :

MASSÉ, n° 1197, p. 373.

LOCKÉ, *op. cit.* sous l'article 442, p. 75.

ROUSSEAU et DEFERT. — *Code des faillites*, p. 59, n° 59.

la contre-prestation due par le failli auquel elle se substitue (1). Si le failli s'est fait ouvrir un compte courant, la masse n'aura droit qu'au solde de ce compte, car il est de son essence que le débit et le crédit soient inséparables. Si le failli est entré dans une société, ses coassociés devront pouvoir prélever sur les bénéfices dus au failli les sommes dont celui-ci est devenu leur débiteur de ce chef.

Etendant encore le champ d'application de ce tempérament nécessaire du dessaisissement, on a décidé qu'il convenait de l'admettre en faveur des obligations contractées par un failli à l'occasion de son nouveau négoce. Seulement, ici, il n'y avait guère, en dehors de la connexité existant entre un bien déterminé et la dette correspondant à son acquisition, qu'une simultanéité de dates entre les opérations figurant à l'actif et au passif du failli. Il fallait établir une connexité entre tous les biens nouveaux du failli et toutes les dettes dont on voulait les grever. C'est ce que l'on a tiré d'une idée d'enrichissement sans cause de la part des créanciers déjà compris dans la faillite. Les nouveaux créanciers ont contribué à la formation d'un supplément d'actif ; ils ont, par ce fait, augmenté le gage des créanciers dans la masse, ils doivent donc bénéficier du principe général d'après lequel, au cas où plusieurs créanciers d'un même débiteur se trouvent en présence, ceux qui ont accru ou conservé le gage des autres doivent être payés par préférence jusqu'à concurrence de l'utilité que présentent leurs actes pour les autres créanciers.

(1) La masse ne prendra ainsi pour son compte que les contrats synallagmatiques, les contrats unilatéraux ne lui procurant aucun avantage véritable en contre-partie de l'obligation contractée.

Par identité de motif, les créanciers afférents aux nouvelles opérations commerciales du failli acquièrent une situation analogue à celle des créanciers ayant des droits à faire valoir une succession échue au failli au cours de la faillite. Dans la mesure de l'actif nouveau, la masse est leur débitrice, et c'est pourquoi on les considère dans cette limite plutôt comme créanciers de la masse que comme créanciers dans la masse. Les créanciers dans la masse auront seulement droit à ce qui restera des nouveaux biens après que tous les créanciers les ayant placés dans le patrimoine du failli auront été payés (1).

La notion d'enrichissement sans cause qui se trouve à la base du droit de préférence des créanciers nouveaux en limite la portée. Seuls parmi ces derniers, ceux dont le titre a pour origine une prestation fournie à l'occasion du commerce auront action sur les biens nouveaux. Les créanciers postérieurs au jugement déclaratif, qui ont traité avec le failli pour toute autre cause, n'auront droit à rien. A leur égard, le dessaisissement reste entier, car, n'ayant versé à l'actif du commerce aucune valeur qui puisse profiter à la masse, celle-ci n'a aucun droit à leur reconnaître sur les biens de formation récente, tant qu'elle n'est pas intégralement désintéressée.

Les créanciers commerciaux nouveaux eux-mêmes n'auront pas action sur l'ensemble du patrimoine du

(1) Peu importe d'ailleurs que le failli ait agi à l'insu du syndic, les arguments invoqués pour justifier le droit de préférence des nouveaux créanciers conservant toute leur force.

Trib. com. Seine. 21 décembre 1853 (*Journ. des trib. com.*, 1854, p. 50).

Paris, 8 décembre 1869 (*Journ. des trib. com.*, 1870, p. 446).

Cette dernière espèce présentait, en outre, cette particularité que le nouveau commerce avait été exploité par un prête-nom.

failli. Ils n'auront de droits que sur les biens affectés au commerce. Les biens que le failli possédait au jour du jugement déclaratif, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis ce jour jusqu'à la clôture de la faillite leur échappent complètement. Ces biens restent entièrement soumis au dessaisissement, car ils ne sont pas entrés dans le patrimoine du failli du chef de ces créanciers.

Telle est la doctrine admise par la plupart des auteurs (1) et par une fraction importante de la jurisprudence (2).

Cependant, la concession aux créanciers commerciaux nouveaux d'un droit de préférence sur les biens acquis par le failli au cours de ses nouvelles opérations commerciales présente, dans ses conséquences, des inconvénients sérieux.

Les créanciers dans la masse se trouvent entièrement sacrifiés aux créanciers nouveaux. Les biens que le failli a pu se procurer échappent plus complètement à leur gage que ceux qui pourraient lui advenir après clôture de sa faillite. En fait, le syndic hésitera souvent à réunir à l'actif de la faillite les valeurs nouvellement acquises par le failli, le bénéfice qu'il pourra retirer de cette opération étant aléatoire, et sa liquidation se trouvant retardée s'il surgit des difficultés relatives à ces biens.

(1) Voyez les auteurs cités : *Pandectes françaises*, Répertoire V. Faillite, n° 3886.

Adde : PERCEROU, t. I, n° 530, p. 492.

THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1783, p. 1043.

(2) Caen, 12 mars 1885 (*Journ. des fail.*, 1888, article 916, p. 69).

Trib. civ. Alger, 7 novembre 1904 (*Journ. des fail.*, 1905, article 4180, p. 180).

Trib. com. Nice, 23 février 1912 (*Journ. des fail.*, 1913, article 5360, p. 328).

Les créanciers nouveaux qui ont traité avec un failli seront dans une situation plus avantageuse que s'ils avaient traité avec un commerçant *in bonis*, n'ayant pas à craindre le concours des créanciers antérieurs au jugement déclaratif. Cette situation est d'autant plus curieuse qu'elle résulte de l'état de faillite d'un débiteur, alors que le but essentiel de la faillite est d'assurer l'égalité des créanciers entre eux. Cette égalité, le régime du concours cherche même à l'assurer à un tel point qu'il se montre beaucoup moins favorable aux privilèges que la loi civile. Sans parler de la femme du failli qui, par crainte de collusion frauduleuse avec son mari, voit ses droits restreints, il est d'autres créanciers qui perdent les privilèges attachés à leurs créances. Le vendeur d'effets mobiliers perd tout privilège, et le privilège du bailleur d'immeuble est considérablement restreint par l'article 550 du Code de commerce. Comment, dans ces conditions, peut-on admettre que les créanciers commerciaux nouveaux jouissent d'un véritable droit de préférence s'étendant à tout l'actif de formation récente ?

Il n'était, d'ailleurs, pas utile de reconnaître un tel droit à ces créanciers, alors qu'ils ne l'ont pas demandé au failli, en lui réclamant des garanties particulières de paiement. Si l'on conçoit qu'il serait excessif de refuser tout droit sur l'actif nouveau aux créanciers y afférents, il est non moins évident qu'il y a les mêmes inconvénients à leur accorder des droits trop étendus. Dans les deux hypothèses, le résultat est aussi injuste : on enrichit une catégorie de créanciers au détriment de l'autre.

Si le failli doit jouir d'un crédit suffisant pour se livrer à de nouvelles opérations commerciales, il est inutile et même dangereux de lui permettre de s'en procurer trop

facilement et de le placer dans une situation plus favorable que s'il n'était pas en faillite. C'est l'inciter à éviter la clôture de sa faillite, ou tout au moins à n'en faire prononcer la clôture que pour insuffisance d'actif. S'il est des faillis honnêtes qui feront tous leurs efforts en vue d'obtenir un concordat et n'hésiteront pas à solliciter leurs parents et leurs amis pour désintéresser leurs créanciers, combien n'en est-il pas qui chercheront à profiter de cette situation avantageuse et parfois à duper ceux qui leur ont fait confiance ?

Quel que soit le point de vue auquel on se place, il n'y a donc aucune utilité à faire bénéficier les créanciers afférents au commerce nouveau d'un tel traitement de faveur. C'est surtout lorsque le débiteur se trouve encore une fois en dessous de ses affaires qu'apparaît l'iniquité de cette conception : les anciens créanciers ne peuvent prétendre à rien du nouvel actif, alors que l'article 2093 du Code civil leur accorde un droit de gage sur tous les biens de leur débiteur. Cette solution est, en outre, nettement en contradiction avec les intentions du législateur, lorsqu'il a rédigé l'article 443 du Code de commerce essentiellement favorable aux créanciers dans la masse. Par suite de l'existence d'un droit de préférence en faveur des créanciers nouveaux, la même contradiction existe si le failli possède des biens suffisants pour faire face à ses engagements. Devant un tel résultat, l'on peut se demander si le raisonnement dont il est la conséquence est bien exact.

Il repose entièrement sur l'idée que l'on doit faire échec au dessaisissement en faveur de certaines dettes ayant un lien de connexité nettement marqué avec certains biens qu'a pu acquérir le failli. La valeur de ce principe

ne peut guère être contestée dans certaines des hypothèses que nous avons présentées. L'application que l'on en fait alors se justifie par des considérations particulières.

Si les créanciers dans la masse n'ont droit qu'à la fraction des revenus des biens de la femme ou des enfants mineurs du failli non utilisée pour leur entretien, c'est pour le motif que la loi elle-même donne à ces ressources une affectation particulière. La masse est aussi obligée d'acquitter intégralement les dettes et les charges des successions échues au failli postérieurement au jugement déclaratif. Cela résulte du privilège de séparation des patrimoines existant en faveur des créanciers héréditaires ou de l'hypothèque que l'article 1017 du Code civil confère aux légataires et dont ceux-ci ne manqueront pas de réclamer le bénéfice. Même si ces privilèges ne sont pas invoqués, la masse n'échappera d'ailleurs pas à l'exécution des charges de la succession. C'est au syndic seul qu'il appartient de se prononcer sur le parti à prendre relativement aux successions qui échoient au failli. Lorsqu'il accepte, il accomplit un acte de gestion syndicale qui oblige la masse et concède aux créanciers de la succession l'avantage de devenir créanciers de la masse (1). Dans les cas plus particuliers où le failli est entré en société ou est devenu titulaire d'un compte courant, c'est la nature du contrat qui justifie le droit de préférence que l'on reconnaît à certains créanciers.

Dans l'hypothèse d'un commerce nouveau, l'on ne peut invoquer en faveur des créanciers commerciaux aucun des arguments utilisés dans les hypothèses précédentes.

(1) En ce sens : PERCEROU, t. I, n° 52, p. 55.

Contra : Cass. 29 décembre 1858 ; S. 1859, 1. 209 ; D. 1859, 1. 102.

La seule relation qui existe entre les acquisitions et les dettes récentes, c'est qu'elles ont pour origine une même entreprise. Cependant, l'on considère que lorsque la masse prétend s'attribuer les biens affectés au commerce nouveau, elle se trouve dans une situation semblable à celle qui résulte pour elle de l'acquisition d'une succession. Cette analogie n'est qu'apparente, et si l'on va au fond des choses elle disparaît entièrement.

Tout d'abord, les créanciers afférents au nouveau négociant ne peuvent être assimilés à des créanciers de la masse dans quelque mesure que ce soit. Les créanciers de la masse sont créanciers, non pas du failli, mais de la liquidation elle-même. Les créanciers nouveaux n'ont pour débiteur que le failli et doivent subir les vicissitudes de son patrimoine. Leurs engagements ne peuvent devenir engagements de la masse, même lorsque le syndic appréhende les biens nouveaux, car il n'a pas d'acceptation à formuler comme pour une succession. Il se saisit des biens nouveaux ainsi que tout créancier pourrait le faire ; quant aux dettes qui peuvent les grever, elles ne sont en rien modifiées.

Certes, pour justifier le droit de préférence des créanciers commerciaux nouveaux, l'on avance bien que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui et que les créanciers dans la masse s'enrichiraient au détriment des créanciers afférents au commerce nouveau s'ils pouvaient invoquer le dessaisissement dans toute sa rigueur. Mais cet enrichissement est-il vraiment sans cause ?

On pourrait soutenir que les créanciers nouveaux ont agi en comptant que leur cocontractant exécuterait les prestations promises. Survient l'appréhension des biens nouveaux par la masse, le failli se trouve dans l'impossi-

bilité de remplir ses obligations. Ces créanciers se sont appauvris des valeurs qu'ils ont fournies et dont la masse s'est enrichie. Ils ont agi sur une fausse cause, puisque la prestation sur laquelle ils comptaient leur fait défaut. L'action *de in rem verso* doit leur être ouverte (1). Cependant, il semble inexact de dire que ces créanciers ont agi sur une fausse cause, que la masse s'est enrichie sans cause.

L'enrichissement de la masse résulte de la loi elle-même. Quant aux créanciers, ils traitaient avec un failli, ils n'avaient pas à faire crédit, ni à compter sur l'exécution d'une prestation, car ils devaient savoir que la masse pouvait toujours faire valoir ses droits, et qu'ainsi la contre-partie des opérations accomplies leur ferait défaut. Comment peut-on alors les considérer comme ayant agi sur une fausse cause ?

Admettons même qu'il y ait véritablement enrichissement sans cause de la part de la masse ; il ne s'ensuit pas que ces créanciers doivent être payés par préférence aux créanciers dans la masse. La masse, en appréhendant les biens affectés au commerce du failli, ne s'est pas enrichie de l'intégralité de ces biens. Ceux-ci faisaient partie du patrimoine du failli, la masse avait sur eux le droit de gage que l'article 2093 du Code civil accorde à tout créancier sur l'ensemble des biens de son débiteur. Elle ne s'est enrichie que du dividende devant revenir aux créanciers nouveaux en vertu de cet article. C'est ce dividende seul qu'elle leur doit et, en conséquence, la seule prétention qu'ils pourront élever, c'est d'être admis en concours avec les créanciers dans la masse dans la liquidation du nouvel actif.

(1) Voyez André ROUAST : L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, p. 35 et s., et particulièrement p. 74 et 75).

On ne se contente pas, d'ailleurs, d'ouvrir à ces créanciers une action *de in rem verso*, l'on transforme cette action en une action générale profitant à tous les créanciers commerciaux nouveaux et portant sur tous les biens afférents au commerce nouveau. L'on ne considère plus l'enrichissement de la masse résultant de l'appauvrissement d'un créancier, mais cet enrichissement par rapport à l'appauvrissement de tous les créanciers, sans se préoccuper de savoir si l'appauvrissement de tel créancier a réellement profité à la masse. Il n'existe cependant pas dans notre droit d'action aussi générale ayant pour fondement un enrichissement injuste.

Cette action ne pourrait, d'ailleurs, être exercée qu'autant que les biens compris dans le nouveau commerce entrepris par le failli constitueraient une universalité juridique distincte de son patrimoine. Au reste, c'est bien à cette conception de l'existence d'une universalité que se rallient les auteurs. La preuve en est qu'ils donnent action aux créanciers commerciaux nouveaux sur l'ensemble des biens de formation récente et invoquent la règle *Non sunt bona nisi deducto aere alieno* (1).

Ils érigent ainsi un ensemble de biens en une universalité juridique sans pouvoir invoquer aucun texte à l'appui de leur raisonnement, simplement parce que l'équité l'exige (2). Cependant, ils devraient hésiter à

(1) PERCEROU, t. I, n° 530, p. 492.

LYON-CAEN et RENAUT, t. VII, n° 250, p. 262.

(2) La majorité des auteurs considère que le principe de l'unité du patrimoine exige que le dessaisissement s'étende à tous les biens acquis par le failli pendant sa faillite et qu'un failli ne peut être l'objet d'une nouvelle déclaration de faillite. Cependant l'équité les

créer de tels patrimoines d'affectation, puisqu'ils admettent que notre droit, et en particulier la loi des faillites, attaché au principe d'unité du patrimoine, répugne à leur création (1). Ce patrimoine, ils le considèrent comme distinct du patrimoine du failli dont il serait véritablement indépendant. Ils le comparent à la succession qui, au cas de séparation des patrimoines, ne se confond pas avec le patrimoine de l'héritier et dont l'actif n'entrera dans ce patrimoine qu'après que toutes les dettes auront été acquittées (2). Il découle de l'existence d'une pareille universalité toute une série de privilèges non déterminés par la loi. L'on arrive à des conséquences analogues à celles qui se présentent dans les faillites de sociétés où les créanciers sociaux ont seuls le droit de se payer sur les valeurs possédées par ces personnes juridiques. Tous les créanciers afférents au commerce nouveau ont ainsi

conduit à faire échec à ce principe lorsqu'il s'agit de régler les droits des créanciers nouveaux. Il nous semble que, logiquement, ils auraient dû admettre, en vertu de la même idée d'équité, que le dessaisissement n'atteignait pas les biens acquis par le failli, grâce à son travail.

(1) La majorité des auteurs est d'accord pour reconnaître que le fonds de commerce ne peut pas lui-même être considéré comme une universalité juridique et critique la jurisprudence qui tend parfois à l'admettre. D'ailleurs, personne n'adhère aux conséquences qu'entraînerait l'existence d'une telle universalité : le fonds serait, sauf clause contraire, vendu actif et passif, comme une succession et, au cas de faillite, les créanciers commerciaux ne pourraient exercer leurs droits que sur les valeurs comprises dans cet établissement. Il est curieux de constater qu'au cas de commerce créé pendant la faillite, ces mêmes auteurs adhèrent à une thèse qu'ils repoussent dans d'autres circonstances.

(2) *Cfer. GAZIN (op. cit., p. 269 et 270).* Le patrimoine du failli « est-il soumis à la procédure non close du concours, ce petit patrimoine une fois liquidé viendra, pour sa valeur active, grossir le gage des créanciers de la première faillite ».

droit, sur les éléments d'actif qu'a pu réunir le failli, à un paiement privilégié, au détriment des créanciers dans la masse et surtout de ceux qui ont traité avec le failli postérieurement au jugement déclaratif pour toute autre cause que le commerce récent. Pour le seul motif qu'ils sont étrangers au commerce, ces créanciers perdent ainsi tous droits sur les biens de leur débiteur, non pas au profit de la masse, mais au profit des créanciers commerciaux nouveaux.

Cependant il n'est rien qui, dans notre droit, justifie cette solution, et nous croirions plutôt qu'il s'y oppose formellement. De droit commun, le patrimoine d'un débiteur est le gage de tous ses créanciers. Pour assurer la protection des créanciers dans la masse, le droit des faillites cherche à éviter toute diminution de leur gage en leur affectant exclusivement en paiement les biens soumis au dessaisissement. Comment admettre alors qu'il restreindrait ce droit de gage sur une fraction du patrimoine du débiteur, pour le seul motif qu'elle a été acquise après le jugement déclaratif ? (1).

Les auteurs qui admettent cette thèse se sont d'ailleurs eux-mêmes souvent rendu compte de sa faiblesse, car s'ils tempèrent ainsi le dessaisissement, ils reconnaissent que c'est uniquement parce que l'équité l'exige. L'un d'eux

(1) L'on se rend facilement compte de l'anomalie que présente ce système dans l'ensemble du régime de la faillite par l'exemple suivant. Au cours du commerce nouveau un fournisseur a vendu au failli des marchandises et n'a pas encore reçu paiement du prix. Vis-à-vis des créanciers nouveaux, il perd le privilège que lui concédait l'article 2102 (4^e) C. civ., mais, par contre, vis-à-vis des créanciers antérieurs au jugement déclaratif, il acquiert un véritable droit de préférence, non seulement sur les marchandises qu'il a fournies, mais sur l'ensemble des biens nouveaux.

a, en particulier, déclaré que « cela s'explique en équité, mais en équité seulement. Les créanciers du commerce ont, par leurs avances, leurs fournitures, etc., permis au failli de gagner sa vie. Ils ont par là même soulagé la faillite des secours qu'elle aurait été obligée d'allouer au failli. En outre, ils lui ont assuré un supplément d'actif, il est juste que ce supplément n'appartienne à la masse que sous réserve des droits des créanciers du fonds. Mais ce n'est pas là un argument de droit » (1).

Il semble bien néanmoins qu'entre le but équitable que l'on se propose et celui que l'on atteint en réalité, il y a une contradiction évidente. L'équité n'exigeait pas un traitement privilégié en faveur de certains créanciers, mais seulement le concours sur les biens nouveaux des créanciers récents et des créanciers anciens, à moins que parmi ceux-ci il en soit qui puissent invoquer des causes de préférence.

§ 3. — Les divers créanciers concourent entre eux (2)

Le droit de préférence que l'on reconnaît aux créanciers commerciaux nouveaux sur l'actif récemment formé ne peut pas s'expliquer. La notion d'enrichissement sans cause, l'équité sont impuissants à le justifier. Quant à assimiler l'ensemble des biens nouveaux à une succession

(1) WAHL. — *Précis théorique et pratique de droit commercial*. Paris, 1921, p. 918.

La même idée se retrouve chez d'autres auteurs.

M. Percerou (*op. cit.*, t. I. n° 530, p. 492) déclare que les créanciers dans la masse « sont, ici encore, par application de la règle d'équité, *non sunt Bona nisi deducto ære alieno*, tenus de respecter les dettes contractées par le failli à l'occasion de son nouveau négoce ».

(2) La plupart des déductions que nous admettons et des arguments qui les justifient ont été puisées dans la note de M. Meynial, sous l'arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 1887, S. 1889, 1. 81.

acceptée sous bénéfice d'inventaire, au patrimoine social, c'est-à-dire à un patrimoine affecté uniquement au paiement d'une catégorie particulière de créanciers, cela semble excessif. L'on ne voit pas, en effet, pour quel motif les valeurs acquises par le failli au cours de son commerce nouveau échapperaient au droit de gage des créanciers anciens. On peut admettre qu'elles forment une universalité juridique distincte de celle dont le débiteur est dessaisi, mais on ne peut aller jusqu'à considérer cette universalité comme entièrement distincte du patrimoine du failli. Elle est, au contraire, une partie intégrante de ce patrimoine et, en conséquence, elle doit, en principe, comme ce patrimoine lui-même, être soumise au droit de gage qui appartient à tous les créanciers du failli, antérieurs ou postérieurs au jugement déclaratif de faillite.

C'est à cette conception du concours de tous les créanciers sur l'actif nouvellement créé qu'a adhéré la Cour de cassation dans son arrêt du 22 novembre 1887, tranchant la première espèce de ce genre qui se soit élevée devant ce tribunal (1). Il a été rendu dans les circonstances suivantes :

Un failli entreprend de nouvelles opérations commerciales à l'occasion desquelles il est l'objet d'une seconde faillite. Un jugement du tribunal d'Isigny, du 14 février 1884, confirmé en appel par la Cour de Caen, le 12 mars 1885, reconnaît aux créanciers nouveaux le droit d'être payés par préférence aux créanciers anciens, d'où la conséquence qui s'impose : rejet de la demande en admission du syndic de la première faillite dans la nouvelle procédure, sauf à

(1) S. 1889, 1. 81 (Note Meynial), D. 1888, 1. 326 (*Gazette du Palais*, 1887, 2. 617; *Journ. des Fail.* 1888, art. 916, p. 69).

lui réserver « le droit de surveiller les opérations de la faillite et de prendre ce qui pourra rester d'actif après le paiement intégral de la seconde faillite » (1). Le syndic se pourvoit en cassation pour être admis au passif de la seconde faillite et il obtient gain de cause. La seule question qui se posait devant la Cour était donc de savoir si les nouveaux créanciers devaient concourir avec les anciens sur l'actif de la seconde faillite ou leur être préférés. Elle ne pouvait donc, sans statuer *ultra petita*, reconnaître au profit des créanciers de la première masse un droit de préférence sur ces biens, mais les motifs de l'arrêt doivent conduire à considérer qu'elle n'eût pas décidé autrement si elle avait eu toute liberté sur ce point.

Cet arrêt souleva des critiques (2), mais il ne semble pas que la jurisprudence ait pour cela rejeté la solution qu'il consacre, car d'autres décisions s'en sont inspirées depuis (3).

(1) D. 1888, 1. 326 ; S. 1889, 1. 81.

(2) PERCEROU, t. I, n° 530, note 6, p. 493.

BONFILS. — *Revue critique de législation et de jurisprudence : jurisprudence commerciale*, année 1889, nouvelle série, t. XVIII, p. 377 et s.

(3) Cette question ne s'est plus présentée devant la Cour de cassation depuis cette date.

Dans le même sens : Trib. com. Bordeaux, 31 mars 1897 (*Journal arrêts*, Bordeaux 1897, 2. 65).

Paris, 2 mars 1923 ; D. 1923, 2. 56.

Trib. com. Seine, 6 janvier 1893. (*Gazette du Palais* 1893, 1. 145).

Contra : Trib. civ. Alger, 7 novembre 1904. (*Journ. des Fail.* 1905, art. 4180, p. 180).

Trib. com. Nice, 23 février 1912. (*Journ. des Fail.* 1913, art. 5360, p. 528).

Trib. civ. Nogent-le-Rotrou, 15 janvier 1897 (*Gazette du Palais*, 1898, 1. sup. 2).

La Cour de cassation, lorsqu'elle a admis cette solution, est partie du principe d'égalité qui est la règle fondamentale en matière de faillite. Dans la procédure de concours, les causes de préférence sont nettement déterminées, souvent limitées dans leurs effets. Il devient alors impossible de reconnaître sur l'actif de formation récente un droit privilégié aux nouveaux créanciers. L'existence d'une faillite antérieure devient un accident dont il n'y a pas lieu de tenir compte.

Cependant, il importe de remarquer que cette conception se concilie assez mal avec le maintien du dessaisissement sur les biens nouvellement acquis par le failli que les tribunaux affirment dans la plupart de leurs décisions (1).

Par suite du dessaisissement dont était frappé le failli, les créanciers nouveaux n'auraient pas dû être admis à faire valoir leurs droits sur l'actif nouveau tant que la masse des créanciers n'était pas désintéressée, s'ils ne pouvaient invoquer, à l'encontre de ces derniers, une cause légitime de préférence et, en particulier, se présenter comme créanciers de la masse.

En permettant à tous les créanciers de concourir sur ce nouvel actif, les uns avec les autres, l'on accorde aux

(1) C'est ce qui apparaît très nettement dans les motifs de l'arrêt de la Cour de Paris du 2 mars 1923 (D. 1923, 2.56) où il est dit « que le jugement de clôture pour insuffisance d'actif crée seulement une suspension des opérations de la faillite, en maintenant notamment l'incapacité contractuelle du failli et son dessaisissement, de telle sorte qu'il ne peut contracter de nouvelles dettes opposables à la masse et que, s'il en contracte, ceux envers qui il s'est obligé n'ont pas qualité de créanciers de la masse, mais peuvent seulement être considérés comme créanciers dans la masse. »

nouveaux créanciers une situation exactement identique à celle qu'auraient les créanciers qui ont traité avec le failli après clôture de sa faillite, alors que le dessaisissement a cessé. On s'éloigne à un tel point d'une stricte application de l'article 443 du Code de commerce qu'on arrive à l'écarter complètement. On abandonne le droit spécial de la faillite pour recourir au droit commun, c'est-à-dire à l'article 2093 du Code civil : les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Il est à noter, d'ailleurs, que les décisions qui ont consacré ce système ne se sont référées qu'à cette disposition en ayant soin de ne pas mentionner l'article 443 du Code de commerce. Elles se sont donc plutôt rattachées à la conception admettant que le dessaisissement ne s'applique pas aux biens nouvellement acquis par le failli, sans oser l'affirmer nettement. Ainsi, peuvent-elles éviter le reproche d'illogisme qu'on leur a parfois adressé, tout en adoptant une solution de la question qui n'est pas sans présenter quelques avantages.

Les créanciers nouveaux n'ont pas à se plaindre d'être obligés de concourir avec les créanciers anciens. Ils ont traité avec un commerçant. La prudence la plus élémentaire exigeait qu'ils prissent tous les renseignements utiles sur son compte avant de s'engager. S'ils ont eu connaissance de l'existence de la faillite, ils devaient connaître le risque qu'ils couraient ; s'ils l'ont ignoré, c'est qu'ils ont été négligents, ils doivent subir les conséquences de leur négligence.

Quant aux créanciers anciens, ils ont à se reprocher d'avoir laissé le failli agir librement alors qu'ils pouvaient prendre les mesures nécessaires pour l'en empêcher. Ils ne subissent d'ailleurs aucune perte, puisque les biens

nouveaux n'ont pu être acquis que grâce aux ressources et au concours fournis pour les nouveaux créanciers au failli.

Il semble aussi plus conforme aux conceptions de notre droit de traiter les divers créanciers du failli sur un pied d'égalité. De droit commun ceux qui font entrer une valeur dans un patrimoine n'ont aucun privilège sur cette valeur, à moins que, pour des motifs particuliers, la loi n'en ait décidé autrement ; ils ne peuvent que concourir à la répartition des biens de leur débiteur. La loi des faillites a même accusé plus fortement ce caractère égalitaire de la répartition des biens d'un débiteur entre ses créanciers, dans certaines de ses dispositions. Certes, il se forme parfois des patrimoines particuliers dont l'actif répond seul du passif et échappe au droit de gage de certains créanciers du débiteur. Si l'on veut admettre la formation d'une telle universalité juridique dans le patrimoine du failli, ce sera le patrimoine affecté au paiement de la masse des créanciers dont celui-ci est dessaisi qui la constituera, mais non le patrimoine formé postérieurement au jugement déclaratif, grâce à l'exercice d'un commerce nouveau.

Pour nous, qui avons admis que le dessaisissement ne s'applique pas aux biens acquis par le failli au cours de l'exercice de son industrie, ces biens forment un véritable patrimoine entièrement soumis au droit commun et le principe du concours égalitaire de tous les créanciers sur les valeurs nouvelles s'impose. L'article 526 du Code de commerce peut, au reste, fournir un argument d'analogie en faveur de cette solution. Un concordat a été concédé au failli, puis une seconde faillite survient avant la complète exécution de ce traité. Les créanciers antérieurs et postérieurs à cette mesure de faveur se présenteront en

concourent à la nouvelle faillite, les premiers pour la fraction de leur créance qui n'a pas été éteinte, les seconds pour l'intégralité de leurs créances (1).

La règle posée par cet article convient parfaitement à la liquidation des biens du commerce nouveau, même si le syndic a réuni ces biens à l'actif de la faillite sans qu'une seconde faillite ait été prononcée. Elle n'est, en effet, qu'une application du droit commun tel que le détermine l'article 2093 du Code civil : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

En principe, tous les créanciers du failli entreront en concours sur les biens acquis au cours du commerce nouveau. Les créanciers anciens produiront pour la fraction de leurs créances qui leur reste due, les créanciers nouveaux figureront à la liquidation pour l'intégralité de leurs créances. Parmi ceux-ci, il convient même de comprendre ceux qui ont traité avec le failli pour toute autre cause que son nouveau commerce.

On peut, en effet, reprocher à la doctrine courante de traiter trop rigoureusement ces créanciers. On ne saisit pas pourquoi ils ne participent pas à la répartition des biens nouveaux, si les valeurs qu'ils ont fournies au failli lui ont permis, même indirectement, de créer le nouvel actif. Le principe d'enrichissement indu que l'on invoque en faveur des créanciers commer-

(1) L'on ne pourrait tirer argument de cet article dans la doctrine habituellement suivie, car l'on admet que le dessaisissement atteint les biens acquis au cours du commerce nouveau, alors que les biens du failli concordataire ne sont plus soumis à cette mesure.

ciaux nouveaux devrait s'appliquer même à l'égard des créanciers non commerciaux nouveaux (1).

Leur situation est même d'autant plus injuste que, le plus souvent, les créanciers commerciaux nouveaux sont les seuls qui tirent profit de cet état de choses, la masse en bénéficiant seulement après que ceux-ci ont fait valoir leur droit sur l'actif nouveau.

La solution que nous adoptons répond mieux au respect des droits de tous les créanciers.

La masse ne se trouve pas lésée. La doctrine courante ne lui accorde de droits qu'après paiement intégral des créanciers commerciaux nouveaux. Le plus souvent, le failli étant au-dessous de ses affaires, elle ne pourra rien recevoir des biens de formation récente. Le concours des créanciers commerciaux et non commerciaux que nous lui imposons lui assurera, dans la plupart des cas, une part plus importante. Au reste, il ne lui était pas impossible,

(1) L'on admet dans la liquidation du nouvel actif ceux qui ont avancé au failli les fonds qui lui ont permis de créer son second établissement, mais il semble bien que l'on en écarte ceux qui ont fourni des vivres au failli et à sa famille. Cependant, les créanciers de la première catégorie ne se rattachent pas plus directement au nouveau négoce que ceux de la seconde. Ils ont pour caractéristique commune d'avoir aidé le failli à se livrer au commerce, les uns en lui procurant les fonds nécessaires, les autres en lui permettant de vivre, lui et sa famille, surtout s'ils lui ont fait crédit jusqu'à ce que ses bénéfices lui permettent de les payer. Si les fournisseurs qui ont assuré la subsistance du failli avaient exigé un paiement immédiat, le failli leur aurait appliqué les sommes qu'il avait reçues à titre de prêt, et peut-être n'aurait-il jamais entrepris un second négoce. Ceux qui lui avaient prêté des fonds n'auraient pu prétendre à aucun droit vis-à-vis de la masse.

Si l'on appliquait dans toute sa rigueur la notion d'enrichissement indu, on aurait dû décider que la masse s'enrichissait aussi au détriment des créanciers non commerciaux en leur refusant tout droit. En conséquence, elle eût dû les laisser se payer sur les biens nouveaux au même titre que les créanciers commerciaux.

si elle jugeait que le failli compromettait son nouvel actif sans aucun but commercial par des engagements trop importants, de l'en empêcher en mettant la main sur les biens nouveaux, ainsi qu'elle peut le faire à tout moment. C'est donc à elle-même qu'elle doit s'en prendre si une part trop conséquente des biens nouveaux est attribuée aux créanciers étrangers à ce commerce.

La masse peut, d'ailleurs, invoquer le droit de préférence qui résulte pour elle de l'hypothèque légale de l'article 490 du Code de commerce. Cette hypothèque est indépendante du dessaisissement, quoique leurs effets se confondent souvent. La preuve en est qu'elle conserve malgré tout une utilité particulière dans la faillite et qu'elle subsiste à l'octroi d'un concordat au failli, alors que le dessaisissement cesse de s'appliquer au patrimoine du débiteur. Si elle permet aux créanciers concordataires de primer dans une certaine mesure les créanciers nouveaux, elle doit offrir le même avantage aux créanciers dans la masse à l'égard des biens que le failli a pu réunir au cours de son commerce nouveau. Certes, il est rare que l'industrie nouvelle du failli lui permette d'acquérir les immeubles qui peuvent lui être nécessaires ; cependant cela n'est pas impossible. La masse bénéficiera, sur ces biens, d'une situation particulièrement avantageuse.

Certains créanciers nouveaux peuvent aussi, pour des motifs divers, se trouver armés de droits de préférence à l'encontre des autres créanciers. La loi peut leur concéder un rang de faveur, tel est le cas du vendeur du nouveau fonds de commerce ou du bailleur de l'immeuble où le failli exerce son industrie. Il se peut aussi que le failli ait consenti des garanties particulières à quelques-uns de ses créanciers, soit qu'il ait engagé son fonds de com-

merce en nantissement, soit qu'il ait hypothéqué les immeubles qu'il possédait. Le failli, qui n'était pas dessaisi de ses biens nouveaux, avait une capacité suffisante pour fournir ces garanties.

Pour que celles-ci puissent être utilement invoquées, il faut néanmoins qu'elles aient été régulièrement conservées par une inscription. Or, d'après l'article 448 du Code de commerce, les droits d'hypothèque et de privilège ne peuvent être valablement inscrits postérieurement au jugement déclaratif. Cependant il est couramment admis par les auteurs que ce texte ne vise que les droits nés antérieurement à ce jugement, les droits acquis pendant la faillite pouvant être néanmoins inscrits. La masse, en effet, ne peut profiter des nouvelles acquisitions du failli qu'en respectant les conditions auxquelles elles ont été soumises. On ne peut exiger que ces sûretés soient inscrites avant le jugement déclaratif puisqu'elles sont nées postérieurement à la déclaration de faillite (1).

Les créanciers hypothécaires nouveaux, même régulièrement inscrits, ne pourront souvent faire valoir utilement leurs droits. Ils seront primés par l'hypothèque légale de

(1) C'est ainsi que les créanciers d'une succession échue au failli peuvent utilement inscrire, dans les délais légaux, le privilège de séparation des patrimoines, les légataires l'hypothèque légale que leur confère l'article 1017 du Code civil, les cohéritiers le privilège que l'article 2109 du Code civil accorde aux copartageants. De même, si le failli acquiert un immeuble après la déclaration de faillite, la masse appréhendant cet immeuble devra subir le privilège du vendeur régulièrement inscrit.

BAUDRY-LACANTINIERE et DE LOYNES. — *Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 1566.

RENOUARD, t. I, p. 298.

LYON-CAEN et RENAULT, t. VII, n° 287.

PERCEROU, t. I, n° 719.

la masse. Cependant, il se peut que cette dernière ne puisse valablement invoquer son droit de préférence. Tout d'abord, il arrive que le syndic néglige complètement de prendre l'inscription requise par l'article 490 du Code de commerce. Ensuite, l'inscription prise par celui-ci peut ne pas grever tous les immeubles récemment acquis par le failli, soit, si l'on soumet cette inscription au principe de la spécialité qu'il n'ait pas été pris inscription sur ces immeubles, soit, si l'on considère qu'elle échappe à cette règle, que certains immeubles ne se trouvent pas situés dans la circonscription du bureau où il a été pris inscription (1). Le créancier hypothécaire nouveau peut

(1) L'accord n'est pas absolu quant à la nature et aux effets de l'hypothèque de la masse. Tout d'abord, on a parfois soutenu que cette hypothèque était judiciaire (ALAUZET, t. VI, n° 2603 ; RENOARD, t. I, p. 497 ; Dijon, 5 août 1862 ; D. 1862, 2. 149 ; S. 1862, 2. 544). Cette opinion semble erronée, car l'hypothèque judiciaire ne résulte que d'un jugement de condamnation et le jugement déclaratif de faillite ne peut être considéré comme tel. Cette hypothèque est donc légale (AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, § 264 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. VII, n° 278 ; PERCEROU, t. I, n° 812, p. 800 ; CAEN, 10 juillet 1886, *Journ. des Fail.* 1886, p. 430).

Si l'on admet que cette hypothèque est judiciaire, il en résulte qu'elle s'étend à tous les immeubles présents et à venir du débiteur (art. 2123, al. 2. Code civil) et qu'une seule inscription suffit pour frapper tous les immeubles du failli situés dans la circonscription du bureau où il a été pris inscription (art. 2148, avant-dernier al., Code civil). Si l'on considère que cette hypothèque est légale, ces deux questions restent entières. Cependant, personne ne conteste que l'hypothèque de la masse s'étend même aux immeubles acquis par le débiteur au cours de sa faillite (LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.* ; PERCEROU, t. I, n° 814, p. 801). Mais les auteurs sont moins d'accord sur la solution à apporter à la seconde question. L'on a parfois considéré que l'inscription de l'hypothèque échappe au principe de la spécialité (PERCEROU, t. I, n° 815, p. 804 ; BOISTEL, n° 914). Cependant, il nous paraît préférable d'admettre qu'une seule inscription ne suffit pas pour atteindre tous les immeubles du failli situés dans un arron-

alors être payé par préférence sur ces immeubles, et la masse n'a de recours à exercer que contre le syndic si celui-ci a commis une faute (1).

En résumé nous admettrons donc que, le failli n'étant pas dessaisi des biens qu'il acquiert à titre onéreux, postérieurement au jugement déclaratif, ses créanciers participent tous à la répartition de ces biens. Qu'ils soient antérieurs ou postérieurs au jugement déclaratif, qu'ils aient traité avec le failli à l'occasion de son commerce ou pour toute autre cause, ils doivent tous avoir droit à concourir également sur l'actif nouvellement formé. Seuls, ceux d'entre eux qui pourront invoquer un motif de préférence auront droit à un paiement privilégié.

dissement, à moins qu'ils n'y soient désignés spécialement. Cela semble plus conforme au principe de notre régime hypothécaire : la spécialité des inscriptions qui doit s'appliquer, tant que la loi n'y apporte pas de dérogation expresse. D'autre part, le texte de l'article 490 du Code de commerce ne s'oppose pas à cette interprétation puisqu'il prescrit au syndic de prendre inscription sur les immeubles dont il connaît l'existence. (LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*, AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, § 264, note 16, et § 273, p. 556).

(1) Paris, 22 janvier 1840; S. 1840, 2. 116.

Trib. com. Amiens, 29 décembre 1896. (*Journ. des Fail.* 1897, art. 2232, p. 75).

Trib. com. Marseille, 3 juillet 1900. (*Journ. des Fail.* 1901, art. 3534, p. 226)

DALLOZ, répertoire, V^o Faillite, n^{os} 496 et 497.

FLANDIN. — Revue critique de la jurisprudence : hypothèque, faillite, inscription prise au nom de la masse; son caractère et ses effets. (*Revue du notariat et de l'enregistrement*, t. VII, année 1866, n^o 1426. p. 324 et s.)

SECTION II

De l'hypothèse où une seconde faillite a été déclarée.

Nous avons admis qu'un débiteur pouvait être l'objet d'une seconde faillite ou liquidation judiciaire, s'il remplit les conditions imposées par la loi de 1889, avant que la première liquidation soit clôturée. Comment, dans ce cas particulier, se résoudra le conflit entre les créanciers ?

Tout d'abord, il est certain que les créanciers nouveaux et les créanciers anciens doivent avoir entre eux les mêmes droits dans la répartition du nouvel actif du failli que si la masse avait appréhendé cet actif. L'on a cependant soutenu que leur situation doit se trouver modifiée au cas de faillites cumulées (1). Les créanciers nouveaux auraient, en principe, un droit de préférence sur l'actif nouvellement formé, cet actif n'advenant aux créanciers anciens que *cum sua causa*. Mais cette règle devrait cesser de s'appliquer lorsqu'une deuxième faillite intervient, parce qu'elle aurait pour conséquence « d'attribuer aux créanciers de cette seconde faillite un privilège qu'aucune loi ne reconnaît et manifestement contraire au principe d'égalité entre les créanciers, qui est la règle fondamentale en matière de faillite » (2). Un tel raisonnement est inexact (3).

(1) Observations sous Cassation : 22 novembre 1887. (*Journ. des Fail.* 1888, art. 910, p. 72 et s.).

(2) Observations sous Cassation, 22 novembre 1887. (*Journ. des Fail.* 1888, art. 910, p. 73).

(3) La jurisprudence ne semble pas non plus s'être ralliée à cette conception. C'est ainsi qu'elle a admis les créanciers nouveaux et les créanciers anciens à concourir sur l'actif nouveau, en dehors de l'hypothèse d'une seconde faillite.

Trib. com. Seine, 6 janvier 1893. (*Gazette du Palais* 1893, 1. 145.)
Cfer : Paris, 2 mars 1923, D. 1923, 2. 56.

Si le principe d'égalité est la règle en matière de faillite, ce principe n'est pas spécial à cette institution. Il existe déjà de droit commun en vertu des articles 2.092 et 2.093 du Code civil. Certes, il est plus rigoureusement appliqué dans le régime du concours, mais ce dernier admet néanmoins des causes de préférence, dont il réglemente soigneusement l'exercice. Dès qu'on considère comme nécessaire d'accorder un paiement de faveur aux créanciers nouveaux, ceux-ci doivent conserver cet avantage même lorsqu'une seconde faillite est déclarée. Sans doute, la loi n'a pas déterminé leurs droits, alors qu'elle précise rigoureusement les privilèges pouvant être exercés dans la faillite. Cela s'explique par ce fait qu'il n'existe pas dans le Code de commerce de théorie des « créanciers de la masse », situation dans laquelle se trouvent, dit-on, les créanciers nouveaux vis-à-vis de ceux compris dans la première faillite. D'ailleurs, le droit privilégié qu'on leur accorde s'exerce déjà dans un régime de faillite, pourquoi cesserait-il de s'appliquer lorsqu'une deuxième faillite est intervenue ?

Si l'on affirme, lorsqu'il y a cumul des faillites, que le privilège accordé à ces créanciers n'est reconnu par aucune loi et est contraire au principe de l'égalité entre les créanciers — règle fondamentale en matière de faillite, — on se met en contradiction avec soi-même en déclarant que ces créanciers ont, en principe, un droit de préférence vis-à-vis des créanciers anciens lorsqu'une seule faillite a été déclarée. Les arguments invoqués ont, en effet, la même valeur dans les deux hypothèses. Il faut alors admettre en tous cas que les créanciers nouveaux auront un rang privilégié, par rapport aux créanciers dans la masse ou, si l'on se rallie à l'opinion que nous avons adoptée, qu'ils entreront en concours avec eux.

Suivant que l'on adhère à l'une ou à l'autre de ces deux conceptions, les créanciers du failli ne seront pas groupés en masse de façon identique dans la seconde faillite (1-2).

Si l'on reconnaît aux créanciers afférents au commerce nouveau un droit de préférence sur les biens affectés à ce commerce, l'on se trouve obligé de distinguer dans la masse de la seconde faillite deux catégories distinctes de créanciers (3). L'une comprend les seuls créanciers nouveaux dont la créance a pour origine le commerce récent, les créanciers qui ont traité avec le failli pour tout autre motif n'ayant aucun droit à faire valoir dans cette faillite. L'autre se compose des créanciers compris dans la première faillite, qui pourront être représentés par le syndic. La masse de la faillite se subdivise ainsi

(1) Nous n'avons pas à prévoir comment les créanciers du failli seraient groupés si l'on admettait que les créanciers antérieurs au jugement déclaratif de la faillite peuvent seuls prétendre à la répartition des biens de formation récente. Les créanciers nouveaux n'auraient aucun droit à faire valoir pour obtenir une seconde déclaration de faillite, puisque tout le patrimoine du failli échapperait à leur droit de gage. Obtiendraient-ils un nouveau jugement déclaratif, que ce jugement devrait être rapporté ou la fusion des deux procédures prononcée. Seuls, en effet, les créanciers dans la masse de la première faillite composeraient la masse de la seconde faillite. Il n'en serait autrement que si les créanciers dans la masse étaient intégralement désintéressés, une seconde faillite étant alors possible en faveur des seuls créanciers nouveaux.

(2) La détermination des créanciers compris dans la première faillite ne se trouve en rien modifiée, les créanciers nouveaux n'ayant aucun droit à prétendre sur l'actif affecté à cette faillite.

(3) Cette division des créanciers en deux masses distinctes n'est pas, dans cette opinion, spéciale à l'hypothèse d'une seconde faillite. Elle existe déjà lorsqu'une seule faillite fonctionne et que le syndic a appréhendé les biens affectés au commerce nouveau, par suite du droit de préférence que l'on reconnaît aux créanciers nouveaux sur le nouvel actif.

en deux véritables masses de créanciers dont les droits sont nettements distincts. Les créanciers nouveaux seront payés sur l'actif de la faillite jusqu'à concurrence du montant intégral de leurs créances. Les créanciers anciens ne pourront prétendre qu'à la portion d'actif restant après que les créanciers nouveaux auront été désintéressés. En fait, le débiteur étant en dessous de ses affaires, les créanciers compris dans la première faillite n'auront, le plus souvent, aucun droit à l'actif de la seconde faillite et les créanciers nouveaux ne recevront qu'un paiement en dividendes. Le droit des créanciers anciens se réduira ainsi à un simple contrôle des opérations de la seconde faillite, qui leur permettra de s'assurer qu'aucun élément d'actif n'est détourné à leur détriment.

Si l'on accorde à tous les créanciers du failli le droit de concourir sur les biens nouvellement acquis, la composition de la masse de la seconde faillite change de physionomie. Une seule masse se forme, où tous les créanciers ont des droits égaux. Celle-ci comprend les créanciers nouveaux qui se présentent pour l'intégralité de leurs créances, quelle que soit l'origine de leur titre, et les créanciers faisant déjà partie de la première faillite. Pour quelle somme ces derniers pourront-ils se présenter dans la seconde faillite ?

Ces créanciers produisent une même créance dans deux faillites différentes. L'on pourrait songer à appliquer en leur faveur la disposition de l'article 542 du Code de commerce, permettant au créancier ayant plusieurs coobligés en faillite de participer aux distributions dans toutes les masses et d'y figurer « pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait paiement ». Cependant, nous ne croyons pas qu'on puisse invoquer ce texte dans le cas

qui nous intéresse. Il s'agit de deux faillites cumulées d'un même débiteur et non pas de faillites de coobligés. Les créanciers compris dans la masse de la première faillite, lorsqu'ils ont traité avec le failli, n'ont réclamé aucune garantie particulière de paiement. Ils se sont contentés du droit de gage général que leur concède l'article 2092 du Code civil ; c'est ce seul droit de concours avec tous les créanciers qu'ils peuvent invoquer maintenant. D'ailleurs, la règle posée en l'article 542 est dérogatoire au droit commun, difficile à expliquer théoriquement, et ne se justifie guère que par l'utilité et l'équité de ses résultats pratiques : assurer à la solidarité son maximum d'effet en favorisant le plus possible le remboursement du créancier. Le caractère exceptionnel de cette disposition doit conduire à écarter son application en dehors de l'hypothèse particulière pour laquelle elle a été écrite. La créance des créanciers de la première faillite se compensera donc « pour partie avec la valeur de l'actif que le dessaisissement du failli leur a attribué » dans la première faillite (1).

Il sera facile de déterminer la somme pour laquelle chacun des créanciers de la première faillite doit être admis à la seconde faillite si, entre temps, la première faillite est clôturée. Si celle-ci se clôt par union, ces créanciers produiront pour le montant de leur créance, déduction faite des dividendes qu'ils ont perçus dans cette faillite. Si elle se clôt par concordat, ils se présenteront en concours avec les créanciers nouveaux à la seconde faillite pour l'intégralité de leurs créances.

Ce traité est en effet inopposable aux créanciers qui ont traité avec le failli postérieurement au jugement décla-

(1) Cass., 22 novembre 1887, S. 1889, 1. 81 ; D. 1888, 1. 326.

ratif de la première faillite et ne met pas fin à la procédure commencée par ceux-ci. L'article 516 du Code de commerce ne fait produire effet au concordat que vis-à-vis des créanciers dans la masse; et cela se comprend, car c'est eux seuls qui pouvaient le consentir. Les créanciers nouveaux étaient en dehors de cette faillite à laquelle ils ne pouvaient produire puisqu'ils avaient traité avec le failli dessaisi. Leurs créances n'avaient pas à être vérifiées, ils ne pouvaient voter au concordat. On ne peut, en conséquence, leur imposer un accord auquel ils ne pouvaient être partie (1).

L'octroi d'un concordat par les créanciers de la première faillite créera d'ailleurs, en faveur des créanciers nouveaux produisant avec eux dans la seconde faillite, une situation avantageuse. Ceux-ci pourront faire valoir leurs droits sur les biens anciennement compris dans la première faillite (2). La seconde faillite, en effet, ne pouvait

(1) On ne peut considérer que le concordat doit être opposable aux créanciers commerciaux nouveaux, de même qu'il est opposable aux créanciers non vérifiés ou non portés au bilan. La différence entre ces deux catégories de créanciers est profonde. Ces derniers participent en droit à la faillite; ce n'est qu'en fait qu'ils n'y ont pas figuré, tandis que les premiers restent en dehors de la liquidation en droit comme en fait.

En ce sens : Trib. com. Seine. 5 octobre 1860 ; D. 1860, 5. 170.

Trib. civ. Marseille, 26 mai 1895. (*Journ. des Fail.* 1897, art. 2252, p. 139.)

Contra : Paris, 20 mars 1923. D. 1923, 2. 56.

Ce dernier arrêt considère les créanciers nouveaux comme créanciers dans la masse, sans fournir aucun argument en faveur de cette assimilation. Il en tire ensuite la conclusion qu'un concordat par abandon d'actif doit leur être opposable.

(2) Les créanciers de la première faillite conserveront, d'ailleurs, l'avantage de faire valoir l'hypothèque légale que leur reconnaît l'article 517 du Code de commerce sur les immeubles du failli.

atteindre les biens compris dans la première faillite parce qu'ils faisaient déjà l'objet d'une liquidation et formaient dans le patrimoine du failli une masse particulière de biens affectée spécialement au paiement de certains créanciers. Mais le patrimoine du failli ayant recouvré son unité par la concession du concordat, la seconde faillite s'étendra à tout le patrimoine. C'est pourquoi, en fait, les créanciers de la première faillite n'octroieront pas de concordat au failli. Au reste, même si la masse de ces créanciers consentait à faire bénéficier le failli d'une telle mesure de faveur, il semble bien que le tribunal devrait refuser l'homologation de ce traité, ainsi qu'il en a le pouvoir dans l'intérêt des créanciers eux-mêmes.

Nous avons supposé jusqu'à présent que la première faillite se clôturait dès le début des opérations de la seconde faillite. Le plus souvent il n'en sera pas ainsi, la première faillite sera encore ouverte lorsqu'on procédera à l'affirmation et à la vérification des créances de la seconde faillite. Tant que la première faillite n'est pas close, le montant du dividende qui en résultera est inconnu ; on ne peut donc établir exactement la somme pour laquelle les créanciers de la première faillite seront admis à produire à la seconde faillite. Il devient alors nécessaire de surseoir aux opérations de cette faillite et d'attendre la clôture de la première faillite (1).

(1) Peut-être pourrait-on songer à admettre ces créanciers provisionnellement et passer outre au concordat, en les admettant pour le montant intégral de leurs créances. La procédure pourrait ainsi se poursuivre ; mais au cas où les créanciers de la seconde faillite se déclareraient en état d'union, les dividendes ne pourraient être fixés qu'après clôture de la première faillite.

On ne peut cependant procéder ainsi. Tout d'abord, le Code de commerce ne prévoit l'admission provisionnelle que pour les créances

Cet arrêt, souvent long, de la procédure, est plein d'inconvénients ; le procès-verbal de vérification des créances ne peut être clos. La seconde faillite se trouve, quant à sa durée, sous l'entière dépendance de la première faillite. Cependant, il ne semble pas qu'un tel résultat puisse être évité.

contestées qui deviennent l'objet d'un procès. Or, les créances produites dans la seconde faillite ne sont pas contestées, elles sont seulement indéterminées dans leur montant. En outre, le calcul de la majorité en sommes nécessaires au failli pour obtenir son concordat ne correspondrait plus à la réalité.

TROISIEME PARTIE

DROIT COMPARÉ

L'étude du nouveau commerce exercé par le failli pendant la faillite est, en France, d'une importance pratique particulière par suite de l'existence de la clôture pour insuffisance d'actif, qui ne met pas fin à certains des effets de la faillite, dont le dessaisissement. Cette importance ne se retrouve pas dans la plupart des législations étrangères.

S'il existe encore des pays, comme le Portugal et l'Espagne (1), dont les codes ne contiennent aucune disposition réglant le sort de la faillite lorsque l'actif est insuffisant pour mener la procédure à bonne fin, et qui laissent la liquidation en suspens, comme le faisait notre Code de 1807, la plupart des législations ont prévu la clôture de la faillite au cas d'insuffisance de l'actif, mais

(1) La faillite est régie, en Espagne, par le livre IV du Code de commerce de 1885, modifié, quant au sursis de paiement, en 1897.

Le Portugal est soumis à un régime sensiblement identique résultant du livre IV du Code de commerce de 1888 et du décret du 26 juillet 1899.

il s'en faut que l'on fasse produire à cette clôture les mêmes effets qu'en France. Il y a tendance, dans la plupart des législations étrangères, même lorsqu'elles se sont directement inspirées de la loi française, à faire cesser le dessaisissement lorsque la faillite se trouve ainsi close. Le motif déterminant de cette conception se trouve dans le danger que présentent, pour le crédit public, les effets du dessaisissement. De nombreuses années après la faillite, des tiers de bonne foi, qui ont traité avec le failli dans une ignorance parfaitement excusable de son état de faillite, peuvent se voir opposer, en faveur de la masse, la nullité résultant de l'article 443 de notre Code de commerce.

La loi belge est, dans la plupart de ses dispositions, calquée sur la loi française et, en particulier, l'article 536 de son Code de commerce est la reproduction à peu près textuelle des articles 527 et 528 de notre Code de commerce (1-2). Cet article (al. 2) ne présente qu'une seule différence : « Le tribunal pourra, par le même jugement,

(1) En Belgique, la faillite est régie par la loi du 18 avril 1851, incorporée au Code de commerce.

La liquidation judiciaire introduite en France en 1889 est remplacée par les institutions du sursis de paiement (Loi de 1851, art. 593 à 614 du Code de commerce belge) et du concordat préventif (Loi du 29 juin 1887).

Le grand-duché de Luxembourg, qui a calqué ses lois du 2 juillet 1851 et du 4 avril 1884 sur les lois belges, est soumis à un régime analogue à celui de ce pays.

(2) Comparer par exemple :

Les articles 467 et 481 du Code de commerce belge, sur l'incarcération du failli, aux articles 455, 456 et 472 du Code de commerce français ;

Les articles 476 et 531 du Code de commerce belge, sur les secours à allouer au failli, aux articles 469, 474 et 530 du Code de commerce français.

prononcer sur l'excusabilité du failli. Cependant, l'on admet que cette clôture fait cesser le dessaisissement (1). Le failli recouvre la libre administration de son patrimoine. Si un créancier, ayant fait partie de la masse, obtient un paiement intégral de sa créance, ce paiement est valable et lui est définitivement acquis. Si le failli contracte de nouvelles dettes, il peut employer ses ressources au paiement de ses dettes, sans que la masse puisse critiquer ses actes.

En Roumanie et en Italie, la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif fait aussi cesser le dessaisissement (2). Il se trouve même que cette solution est consacrée implicitement par le Code de commerce italien. L'article 818 de ce Code, par suite d'un renvoi à l'article 815, exige que les nouveaux créanciers soient invités à produire dans les délais légaux à la faillite réouverte. La validité à l'égard de la masse des opérations conclues par le failli depuis la clôture de sa faillite ne peut donc être mise en doute (3).

(1) Bruxelles, 28 mai 1879 ; *Jurisprudence du port d'Anvers*, 1880, 2. 10.

Namur. — *Le Code de commerce belge révisé*, sous l'article 536, nos 1927-1928.

Contra : BELDIENS, *Encyclopédie du droit commercial belge*, sous l'article 536, n° 14.

(2) Articles 832 et 833 du Code de commerce roumain de 1887, modifié par les lois du 19 juin-1^{er} juillet 1895, et du 1^{er}-14 mars 1902.

Articles 817 et 818 du Code de commerce italien de 1882, modifié par une loi du 24 mai 1903 sur le concordat et les petites faillites (faillites dont l'actif est inférieur à 5.000 livres).

(3) En Italie et en Roumanie, la loi n'autorise l'arrestation du failli qu'au cas où il est relevé contre celui-ci des charges suffisantes d'actes délictueux (Art. 695, Code com. italien ; art. 709, Code com. roumain).

Une conception analogue est acceptée également en Allemagne et dans les législations qui se sont inspirées des lois de ce pays (1).

La loi allemande du concours décide que le tribunal peut clore la procédure toutes les fois qu'il est démontré que les biens du failli seront insuffisants pour couvrir les frais de la faillite, à moins qu'il n'y ait quelqu'un pour consentir à faire l'avance des frais. Cette décision est publiée et le failli recouvre la libre disposition des biens qu'il pourra acquérir comme de ceux qui n'ont pu être réalisés faute de fonds (2-3). Si le tribunal constate cette insuffisance d'actif lors de la demande en déclaration de faillite, il devra même refuser de déclarer la faillite (4). Les textes hongrois et autrichiens adoptent aussi une réglementation identique (5).

En Suisse, la loi fait cesser les effets de la faillite au cas d'insuffisance d'actif, mais elle ne permet pas au

(1) Dans ces pays, la législation des faillites s'applique aussi bien aux commerçants qu'aux non-commerçants, sauf à consacrer certaines particularités dans la procédure à l'égard de l'une ou l'autre de ces catégories. La loi des faillites forme alors une loi indépendante qui se rattache à la procédure civile et non au droit commercial.

L'Espagne s'est aussi ralliée à cette conception, mais la matière des faillites est restée incorporée au Code de commerce.

(2) Articles 204, 205 et 206 Konkursordnung de 1898.

La loi des faillites, en Allemagne, date du 20 février 1877, mais elle fut modifiée par une loi du 20 mai 1898, exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1900. (Reichsgesetzblatt 1898, n° 21, p. 102 et s.) Cette modification eut pour but de mettre cette loi d'accord avec le nouveau Code civil de 1900.

(3) C'est ce qui résulte clairement de l'article 206 K. O., ce texte employant le mot « Konkursmasse », que l'on peut traduire par « masse de biens comprise dans la faillite ».

(4) Article 99, K. O.

(5) Loi hongroise du 27 mars 1881, articles 87 et 165.

Loi autrichienne du 25 décembre 1868, articles 66 et 154.

tribunal de refuser la mise en faillite pour le motif que l'actif est insuffisant (1).

Il existe donc à l'étranger une tendance nettement affirmée à faire cesser le dessaisissement lorsque la faillite est clôturée pour insuffisance d'actif. Il ne faudrait pas en conclure, d'ailleurs, que la question de l'exercice par le failli d'un commerce nouveau ne se pose pas, car il est néanmoins possible que celui-ci puisse se livrer au commerce pendant la durée de la procédure. La solution des difficultés soulevées par l'exercice du négoce dans ces conditions dépend, ainsi que nous l'avons vu dans l'étude du droit français, de la composition que l'on donne à la masse des biens destinés à former le gage exclusif des créanciers de la faillite.

Les lois étrangères les plus récentes se préoccupent particulièrement de cette question, cherchant à apporter le plus de précisions possible dans la détermination de l'actif dévolu à la masse des créanciers. Elles se trouvent ainsi amenées à déterminer le sort qu'il convient de faire aux nouvelles ressources pouvant parvenir au failli, soit par succession, soit par l'utilisation de son activité dans un nouvel emploi.

Ces acquisitions récentes ne reçoivent pas la même affectation dans les diverses législations étrangères. S'il en est

(1) Article 230 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889. Cette loi présente d'ailleurs, à ce sujet une particularité. Le créancier qui requiert la mise en faillite est tenu de faire l'avance des premiers frais nécessaires (art. 169). Néanmoins, le tribunal doit ordonner l'arrêt de la procédure et ne pas épuiser cette provision, si l'actif fait entièrement défaut. (BRUSTLEIN et RAMBERT : *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, sous l'article 230, p. 389).

encore, surtout lorsqu'elles ont subi une influence directe du Code français, qui ont adopté des dispositions analogues à celles de notre article 443, la plupart ont tendance à faire échapper au dessaisissement les biens parvenus récemment au failli, ou une fraction de ces biens.

A la conception d'une extension sans distinction du droit de gage de la masse à tous les biens acquis par le débiteur pendant la faillite se rattachent la Belgique (art. 444 du Code de com.), l'Italie (art. 699 du Code de com.), la Roumanie (art. 713 du Code de com.), le Portugal (art. 700 du Code de com.) (1). Cependant, dans de nombreux pays, ce principe est tempéré par une disposition expresse de la loi autorisant le failli à conserver l'administration et la disposition des biens qu'il a pu acquérir au cours de l'exercice d'une nouvelle industrie, sauf parfois à en affecter une certaine fraction au paiement des créanciers dans la masse. Telle est la solution reçue en Autriche (art. 1 et art. 5 combinés), en Hongrie (art. 1 et art. 5 combinés), en Suisse (art. 197), en Danemark (art. 5). Il est même une législation qui s'est montrée beaucoup plus libérale à l'égard du débiteur en faillite. La loi allemande du concours, s'inspirant d'un principe différent de celui habituellement accepté, n'a frappé de dessaisissement que les biens qui sont la propriété du failli au jour de sa mise en faillite. Tous les autres biens, qu'ils proviennent de succession ou de son

(1) L'Espagne semble aussi se rallier à cette extension de la faillite à tous les biens futurs. L'article 1037 de l'ancien Code de commerce était en ce sens, mais l'article 878 du nouveau Code n'a pas précisé ce point, se contentant de déclarer que le failli sera incapable d'administrer ses biens.

travail, restent à sa disposition et il peut les administrer librement. Ces principes généraux étant posés, il convient d'examiner plus en détail quelques législations se rattachant à chacune de ces trois conceptions (1).

(1) Dans cette étude des lois étrangères, nous avons omis volontairement de mentionner l'Angleterre pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, la loi de 1883 qui régissait la faillite a été modifiée par de nombreuses lois successives, puis, finalement, une loi récente, du 10 août 1914, a entièrement révisé cette institution. (An. lég. étr. 1915-1916, p. 72.) Il ne semble pas, d'ailleurs, que la loi anglaise, qui consacre un régime nettement particulier de faillite, permette au débiteur de commercer pendant la durée de la procédure.

Le failli n'est pas seulement incapable d'administrer ou de disposer de ses biens; il en perd véritablement la propriété qui est dévolue au syndic. Il est vrai que la faillite est précédée d'une période préparatoire partant du « receiving order » jusqu'à la déclaration de faillite (Adjudication of Bankruptcy) où les biens sont placés seulement sous séquestre et soumis à un régime semblable à celui du dessaisissement. Cette mesure a pour but d'éviter la faillite en permettant au débiteur d'obtenir de ses créanciers et du tribunal un concordat préventif (art. 5 à 20 act de 1883). Cette dépossession s'applique, non seulement aux biens possédés par le failli au jour du jugement déclaratif, mais aussi à ceux qui peuvent lui parvenir pendant la faillite, de quelque manière que ce soit (art. 44 act de 1883).

Pendant la durée de la procédure, le failli est, d'ailleurs, soumis à un régime rigoureux et il lui est même interdit de se faire donner un crédit de 20 livres sterling ou supérieur sans déclarer sa situation à celui avec qui il contracte (art. 31 act 1883). Par contre, même si le failli n'obtient pas de concordat de ses créanciers, le tribunal a toujours la faculté de lui accorder sa décharge dont l'exécution peut être suspendue ou subordonnée à diverses conditions (art. 28 à 30 act de 1883. Voyez sur ce point : An. D. C. 1887, Chronique de législation et de jurisprudence, Angleterre). Lorsqu'une telle mesure est prise en sa faveur, le failli se trouve libéré de la plupart des dettes susceptibles d'être admises à la faillite, il est sensiblement dans les mêmes conditions que s'il avait obtenu un concordat.

En résumé, il est difficile, par suite de la rigueur du régime de faillite, que le failli se livre au commerce pendant la faillite et, le plus souvent, le débiteur préférera obtenir sa décharge avant de créer une nouvelle entreprise afin de se mettre à l'abri de la poursuite de ses anciens créanciers.

L'étude des législations ayant adopté un régime analogue au régime français, quant à l'étendue du dessaisissement, présente peu d'intérêt, car il en résulte que celles-ci admettent des solutions sensiblement identiques à celles généralement consacrées par la doctrine française. Ainsi en Belgique l'on reconnaît que le failli, n'étant pas interdit, peut se livrer au commerce, à la condition de ne porter en rien préjudice à la masse par ses nouvelles opérations (1). A ce sujet, il convient de remarquer que d'après le Code de commerce belge, la création d'une nouvelle entreprise est plus difficile pour le failli qu'en France. L'article 482 du Code de commerce belge décide, en effet, que « le failli ne peut s'absenter sans l'autorisation du juge commissaire » (2). La conséquence de cette interdiction est qu'il devient moins facile pour le failli de remplir la condition qu'on lui impose de ne pas faire concurrence, par ses nouvelles opérations, à l'établissement placé sous la garde du syndic. Le plus souvent, il se trouvera dans l'obligation d'exercer un commerce différent de celui qu'il exerçait antérieurement, n'ayant pas la ressource de créer une entreprise similaire à distance suffisante du lieu de la faillite pour éviter tout préjudice à la masse des créanciers.

Dans la capacité qu'il convient de reconnaître au failli à l'occasion de ses nouvelles opérations, l'on semble vouloir appliquer le dessaisissement avec plus de rigueur qu'en France. Si l'on admet que le failli peut contracter

(1) Cass. belge, 3 mars 1855. P. 1855, 1. 172.
Namur, sous l'article 444, n° 1641.

(2) Une disposition analogue se rencontre d'ailleurs dans les lois italienne (art. 698, Code com.), allemande et roumaine (art. 712, Code com.).

seul, on a tendance à lui refuser le droit d'agir seul en justice (1), par suite de l'idée qu'il ne peut compromettre des droits dont l'exercice est dévolu à la masse. Cependant on reconnaît que les acquisitions récemment réalisées par le failli ne rentrent dans l'actif dévolu à la masse que sous déduction des charges et des dettes qui les grèvent (2).

Dans les pays qui ne dessaisissent pas le failli de tous ses biens indistinctement, celui-ci se trouve placé dans des conditions plus favorables pour exercer le commerce pendant la durée de la procédure de faillite. Certes, il lui est interdit de porter un préjudice quelconque au gage de la masse, soit en utilisant dans sa nouvelle industrie des biens détournés de l'actif de sa faillite, soit en faisant concurrence par l'établissement récemment créé à celui qui se trouve entre les mains du syndic. Le droit qu'on lui reconnaît de disposer de certaines acquisitions de date récente, ne saurait permettre qu'il échappe à la nullité des actes accomplis sur des biens affectés à ses créanciers. Néanmoins, l'existence d'un actif nouveau auquel la masse ne peut prétendre lui facilite l'entreprise de nouvelles opérations commerciales.

C'est surtout en Allemagne que la législation se montre libérale sur ce point. Ce pays a adopté, quant à la détermination des biens compris dans le dessaisissement, une conception originale profondément différente de celle consacrée par les autres nations. L'idée fondamentale de cette législation est que les créanciers se saisissent de la

(1) Bruxelles, 7 décembre 1882. (*Journ. des Fail.* 1883, p. 219.)

Liège, 7 juin 1893. S. 1894, 4. 22.

Namur, sous l'article 444, n° 1642. Cet auteur critique même à cette occasion la jurisprudence française.

(2) Namur, sous l'article 444, n° 1641.

fraction saisissable du patrimoine de leur débiteur dans l'état où il se trouve lors de la déclaration de faillite, pour la liquider suivant les règles spéciales du concours (1). Ainsi le passif et l'actif de la faillite se trouvent déterminés à une même date et le dividende immuablement fixé (2 et 3). C'est ce que Fitting a traduit dans son commentaire, dans une formule souvent reproduite : « La procédure de concours a pour but de donner une satisfaction collective aux créanciers contemporains de son ouverture sur les biens dont le patrimoine du débiteur se compose à cette date » (4).

En conséquence, ainsi que nous l'avons déjà montré, le failli se trouve à la tête d'un double patrimoine : le patrimoine soumis au régime de faillite et le patrimoine qui reste hors des atteintes de la masse des créanciers (5). Ce dernier se compose des biens insaisissables et de tous les biens qui peuvent parvenir au failli pendant la faillite, soit par succession ou donation, soit par son travail. Cette masse de biens reste à la disposition pleine et entière du débiteur qui peut l'utiliser à son gré et, en

(1) KOHLER. — *Lehrbuch des Konkursrechts*, § 27, p. 113 et s.

THALLER. — *Des faillites en droit comparé*, t. I, n° 90, p. 342 et s.

(2) Il est curieux cependant de constater que le Code des faillites de 1898 admette néanmoins l'attribution de secours au débiteur (art. 129 et 132).

(3) Cela résulte de l'article 1 K. O. de 1898 qui déclare : « La procédure de faillite embrasse, dans le patrimoine du failli, l'ensemble de ce qui peut être soumis à une exécution forcée et qui lui appartient à l'époque de l'ouverture de la procédure. »

(4) FITTING. — *Das Reichs-Konkursrecht*, § 4-III.

(5) KOHLER. — *Zivilprozess und Konkursrecht* dans *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, t. III, § 101, p. 381.

Cet auteur désigne ces deux patrimoines par « Konkursvermögen und Konkursfreiesvermögen » (patrimoine de faillite et patrimoine hors la faillite).

particulier, l'affecter à la création d'une nouvelle entreprise. La masse ne peut critiquer aucun des actes accomplis par le failli sur ce nouvel avoir. Bien plus même, tant que dure la procédure, la loi allemande accorde à ce débiteur une situation privilégiée en refusant aux créanciers de la faillite le droit de saisir ces biens restés à sa disposition (1).

Le failli peut donc, grâce à la formation de ce patrimoine particulier, se livrer au commerce. Il lui est facile de se procurer de nouvelles ressources et ses créanciers nouveaux peuvent contracter avec lui en toute sécurité. Il pourra même, si l'occasion se présente, traiter avec le syndic de sa faillite, vendre des marchandises à la masse, lui consentir un prêt et ensuite se faire payer comme créancier de la masse (2).

Si le failli cesse à nouveau ses paiements, les créanciers nouveaux pourront provoquer une nouvelle faillite qui se juxtaposera à la première et englobera les biens restés jusque-là hors de cette faillite (3).

Quels droits les créanciers compris dans la première liquidation pourront-ils faire valoir dans cette nouvelle procédure ? Les auteurs allemands n'apportent aucune réponse à cette question qu'ils ne semblent pas avoir remarquée (4). Thaller (5) refuse aux créanciers qui font

(1) K. O. de 1898, article 14.

KOHLER. — *Zivilprozess und Konkursrecht* (*loc. cit.*).

(2) FITTING, *op. cit.*, § 24, IV.

(3) KOHLER : *Lehrbuch des Konkursrecht*, § 27, p. 117.

(4) KOHLER, *loc. cit.*

Cet auteur admet la possibilité d'une dualité de faillite sans régler les droits des divers créanciers. Il se contente de déclarer qu'une telle situation est peu à craindre, par suite de la rapidité de la procédure que la loi allemande a réalisée.

(5) THALLER. — *Des faillites en droit comparé*, n° 95, p. 348.

valoir leurs droits dans la première faillite le droit de produire à cette seconde faillite. Seuls les créanciers nouveaux participeraient donc à la nouvelle liquidation. Cependant, il semble bien qu'il soit excessif de considérer les créances de ces créanciers comme complètement absorbées dans la première procédure. L'article 14 k. o., qui interdit toutes poursuites à ces créanciers sur le patrimoine affecté à la faillite et sur le patrimoine nouveau, ne semble pas avoir pour but de leur refuser une telle participation aux biens récemment acquis. Son seul but est de leur interdire de provoquer une nouvelle liquidation de leur chef, afin de ne pas multiplier les procédures. Mais dès que celle-ci a été ouverte sur la demande des créanciers nouveaux, nous ne croyons pas que cet article refuse aux anciens créanciers la faculté de se payer sur cet actif. En fait, d'ailleurs, la faillite du débiteur ne sera le plus souvent prononcée qu'après clôture de la première faillite à la demande des créanciers nouveaux ou anciens, qui ont alors recouvré leur droit de poursuite (1).

Cette conception allemande admettant, à côté du patrimoine objet de la liquidation, la formation d'un patrimoine libre comprenant même les biens échus au débiteur à titre gratuit, n'a, jusqu'à présent, été consacrée par aucune autre législation. Cependant, il est d'autres lois qui ont aussi limité la consistance des biens soumis au dessaisissement.

En Suisse, l'article 197 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite décide que la masse comprend, outre les biens présents, les biens qui peuvent échoir au failli

(1) Cette situation sera d'autant plus fréquente que la clôture pour insuffisance d'actif fait cesser les effets de la faillite.

jusqu'à la clôture de la faillite. La liquidation comprend donc, en principe, l'universalité des biens du débiteur. Cependant, il résulte clairement de la volonté du législateur et du texte de cet article que les biens acquis par le failli grâce à son travail restent hors du dessaisissement (1).

S'il veut exercer le commerce, le failli aura donc à sa disposition les produits de son travail, quelle que soit leur importance ou leur origine et le bénéfice des libéralités qui lui ont été faites sous la condition expresse ou tacite qu'il ne peut rentrer dans le gage de la masse. Il pourra donc engager ces ressources aux nouveaux créanciers envers lesquels il s'est personnellement obligé (2).

Tant que la faillite est ouverte, les créanciers dans la masse ne peuvent exercer de poursuites contre leur débiteur. L'article 206 de la loi suisse décide, en effet, comme le Code allemand, que toute exécution forcée est interdite pendant la durée de la liquidation. Cependant ces créanciers conservent néanmoins la faculté, dans les cas prévus par l'article 271, de frapper de séquestre les biens nouvellement acquis qui sont restés en dehors de la procédure,

(1) En Autriche et en Hongrie, le débiteur conserve aussi à sa disposition les biens qu'il acquiert par son travail personnel, mais seulement dans les limites de ses besoins et de ceux des personnes qui sont à sa charge, l'excédent devant revenir à la masse (art. 5, lois autrichienne et hongroise). Ces législations consacrent donc un système intermédiaire entre ceux adoptés par le droit suisse et le droit français, qui ressemble beaucoup à la conception admise par les auteurs et la jurisprudence française. D'ailleurs, ces lois présentent une particularité, cet abandon des produits du travail au débiteur lui est fait à titre de secours alimentaire, car il n'en recevra sous une autre forme que par le consentement de chaque créancier qui les fournira personnellement (articles précités). En principe, la masse n'est donc pas tenue à fournir des aliments au failli.

(2) BRUSTLEIN et RAMBERT, *op. cit.*, sous l'article 204, § 1, p. 205.

mais sous la condition que leur débiteur soit revenu à meilleure fortune (article 265, al. 2). Quant aux créanciers nouveaux, il semble bien, malgré la généralité des termes de l'article 206, qu'ils peuvent toujours engager des poursuites sur les biens de formation récente.

Après clôture de la faillite, les créanciers anciens et les créanciers nouveaux pourront faire valoir leurs droits sur le nouvel actif. Les anciens créanciers dans la masse jouiront même de l'avantage de posséder un acte de défaut de biens contre leur débiteur pour le montant du reliquat impayé de leur créance. Cet acte leur permettra d'exercer l'action révocatoire prévue par les articles 285 à 287 (1) et surtout de pouvoir requérir le séquestre, mais sans leur conférer aucun privilège. Il convient de remarquer, par contre, que, dans la conception suisse, les anciens créanciers ne peuvent exercer de poursuites nouvelles contre leur débiteur qu'autant que celui-ci revient à meilleure fortune, c'est-à-dire que son patrimoine comporte un actif supérieur au passif (2). Cette restriction du droit de poursuite ne s'applique d'ailleurs qu'aux seuls créanciers anciennement compris dans la masse, les créanciers postérieurs au jugement déclaratif pouvant, en tous cas, exercer leurs droits contre leur débiteur.

(1) La liste des actes soumis à cette action présente de fortes analogies avec celle que les articles 446, 447, 448 du Code de commerce français ont établie dans notre droit.

(2) Pour prendre un exemple cité par MM. BRUSTLEIN et RAMBERT, (*op. cit.* sous l'article 265, § 4, p. 434): « Celui qui, après la faillite, aurait réussi à se procurer à crédit des marchandises, quelque considérable qu'en fût la valeur, ne serait pas revenu à meilleure fortune. »

Cette exigence rend les poursuites des créanciers compris dans la faillite d'autant plus difficiles que c'est à eux qu'incombe la charge de la preuve du retour à meilleure fortune.

CONCLUSION

L'examen du sort fait au failli exerçant un commerce nouveau pendant la faillite nous a montré que les facilités qu'on lui accorde dans cet exercice varient avec les législations. C'est en Allemagne qu'on lui laisse la plus grande liberté d'action en lui permettant de se constituer, dès le jour du jugement déclaratif, un patrimoine important dont il conserve la libre disposition. Certes, le failli peut ainsi se livrer facilement à une nouvelle industrie, se procurer des ressources, ce qui lui permettra de revenir rapidement à meilleure fortune ou tout au moins d'obtenir un concordat plus avantageux. Néanmoins, cette conception ne semble pas très satisfaisante, car elle sacrifie trop les intérêts des créanciers de la faillite, sans que les intérêts du failli exigent un pareil sacrifice.

Il est douteux que la nouvelle entreprise soit plus prospère que l'ancienne. Elle risque souvent, par suite de l'impéritie du failli, d'aboutir à une liquidation forcée, sans permettre à celui-ci de se relever. La conséquence est alors que le passif du débiteur augmente et que la masse des créanciers voit s'éloigner l'éventualité d'un paiement. Admettons même que l'établissement récemment créé soit florissant, les créanciers dans la masse consentiront-ils plus volontiers un concordat au failli ? Cela n'est pas certain. Le plus souvent ce traité les obligera à se dépouiller d'une partie de leurs droits au profit des créanciers nouveaux qui pourront faire valoir

les leurs dans leur intégralité. L'intérêt, bien entendu, de la masse sera donc de refuser toute confiance au débiteur afin de se réserver la faculté de le poursuivre à nouveau et de liquider les biens qui lui sont parvenus pendant sa faillite.

L'existence d'un deuxième patrimoine non soumis au régime de la faillite et aussi important que le comprend cette législation, présente de nombreux inconvénients. Le failli peut être appelé à recueillir une succession. Des sommes considérables par rapport à l'actif de la faillite pourront ainsi rester entre ses mains sans que ses anciens créanciers ne puissent y prétendre momentanément. C'est alors que les risques de détournement et de dissimulation, que le dessaisissement a pour but d'éviter, seront grands. Le débiteur sera d'autant plus incité à soustraire une fraction de ces valeurs au gage de la masse qu'il est aux abois et que cette dernière n'a aucun moyen de l'en empêcher. Suppose-t-on même qu'il soit honnête, il est contraire à l'intérêt des créanciers de laisser des sommes importantes entre ses mains. Celles-ci peuvent être compromises par des opérations maladroites ou hasardeuses, et surtout il sera nécessaire, pour les réaliser, d'avoir recours à une nouvelle liquidation, cause de frais et de lenteurs.

Le vice de cette conception réside principalement dans l'importance que peuvent avoir les valeurs laissées entre les mains du débiteur. Il est excessif de lui accorder la libre disposition des libéralités qu'il peut recevoir (1).

(1) La loi allemande, lorsqu'elle a ainsi scindé en deux fractions le patrimoine du failli, a peut-être pris en considération qu'il convenait de faciliter le relèvement de ce débiteur. Cependant, c'est un besoin de construction juridique logique et parfaitement symétrique

C'est ce qu'a parfaitement compris la loi suisse qui, tout en subissant une forte influence germanique, s'est plutôt ralliée à la solution française du dessaisissement portant sur tous les biens du débiteur, même échus pendant la faillite, sauf à formuler nettement que le débiteur conserve la disposition des produits de son travail. Le failli se trouve ainsi à même de se livrer utilement au commerce, sans que la masse en souffre. Les intérêts des créanciers et du failli se trouvent conciliés dans les meilleures conditions. Les créanciers de la faillite ne risquent la perte d'aucune valeur de leur gage et courent plutôt la chance de voir celui-ci s'augmenter des acquisitions récentes sur lesquelles ils pourront peut-être, plus tard, se payer. Quant au failli, il peut se procurer facilement des ressources nouvelles, engageant ses biens nouveaux aux créanciers qui ont traité avec lui au lendemain de la faillite. Il se trouve même que cette loi favorise l'exercice de l'activité du failli par une mesure particulière. Après la clôture de la faillite les anciens créanciers ne peuvent, de leur chef, entamer de nouvelles poursuites contre leur débiteur, tant que son patrimoine ne présente pas un excédent d'actif (art. 265). Par ce moyen, les créanciers nouveaux et le

qui fut le motif déterminant de la consécration de cette solution. La faillite saisit le patrimoine du débiteur à un moment précis, l'actif et le passif en sont définitivement fixés. Quant aux biens entrés dans l'actif du failli après ce jour, ils formeront un nouveau patrimoine qui pourra être liquidé dans les mêmes conditions. Une telle solution satisfait parfaitement un esprit abstrait, mais, dès qu'il importe de la transporter sur le terrain de la pratique, on est conduit à lui apporter des atteintes (par exemple, l'attribution de secours au failli prélevés sur la masse de la faillite), et elle présente des difficultés que l'on évite avec un système plus souple et moins artificiel, comme celui des pays étrangers (Sur ce point, voyez : THALLER, *Faillites en droit comparé*, p. 345 et s.).

failli se trouvent garantis contre toute poursuite intempestive de la part des créanciers anciennement compris dans la masse et ces derniers sont amenés à consentir de plus lourds sacrifices pour accorder un concordat au failli qui fait preuve de bonne volonté (1).

La conception suisse de la faillite permet donc au failli l'exercice d'un commerce nouveau pendant la procédure, tout en respectant les intérêts contradictoires du failli et de la masse. Est-ce à dire que le régime du concours français lui soit inférieur sur ce point ?

Il permet de consacrer des solutions sensiblement analogues. Le failli peut créer et administrer seul un nouvel établissement commercial. Les créanciers nouveaux ont action sur les biens acquis dans cette entreprise. Cependant, si l'on adopte l'interprétation de l'article 443 du Code de commerce couramment admise, d'après laquelle le dessaisissement s'étend à tous les biens parvenus au failli pendant la faillite, l'on doit reconnaître que la solution apportée à la question qui nous occupe est beaucoup moins satisfaisante qu'en Suisse. Pour reconnaître au failli la possibilité de se livrer au négoce, l'on se trouve obligé de tempérer ce texte par des considérations d'équité, procédé d'interprétation juridique toujours douteux.

(1) Dans notre droit, l'interdiction faite aux anciens créanciers de la masse de réclamer une nouvelle mise en faillite de leur débiteur constitue une prohibition analogue à celle édictée par l'article 265 de la loi suisse. Elle peut donc, le cas échéant, produire les mêmes effets. Cependant, notre droit présente une différence fondamentale avec la conception suisse : il admet que les créanciers peuvent exercer des saisies individuelles, tandis qu'en Suisse, celles-ci demeurent interdites comme la mise en faillite, tant que le débiteur n'est pas revenu à meilleure fortune.

Le dessaisissement n'entraîne pas l'interdiction du failli qui reste capable, mais l'on ne peut déduire de ce principe qu'il peut s'engager et contracter valablement, car ses actes doivent rester inopposables à la masse. Néanmoins, si ce débiteur entreprend un commerce pendant sa faillite, l'on admet cette déduction par l'effet de considérations d'humanité. Les actes du failli sont valables, les créanciers dans la masse ne peuvent plus invoquer le dessaisissement, ils ne sont armés que d'un droit de contrôle et de surveillance presque identique à celui qu'ils avaient sur les opérations de leur débiteur, lorsque celui-ci était encore *in bonis*.

Le dessaisissement devait conduire à refuser tous droits aux créanciers nouveaux sur l'actif de formation récente, mais l'équité répugnait à une telle conséquence. Pour l'éviter, on a eu recours au principe naturel que « nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui », et on a superposé au patrimoine du failli un patrimoine particulier affecté à ces seuls créanciers ; on a créé en leur faveur un véritable privilège. Les créanciers postérieurs au jugement déclaratif ont ainsi un droit de préférence à l'encontre des créanciers dans la masse, sur les nouvelles valeurs qu'a réunies le failli.

Cette construction, critiquable en droit, ne satisfait cependant pas les divers intérêts en présence. Les créanciers dans la masse sont trop sacrifiés aux créanciers nouveaux, en faveur du failli auquel l'on accorde un crédit trop grand. Cependant, même dans l'état actuel de notre droit, il n'est pas impossible d'apporter aux questions soulevées par l'exercice d'un commerce par le failli pendant la faillite, une solution plus juridique qui assure mieux le respect des intérêts en présence.

Il suffit d'admettre que les biens que le failli s'est procurés par son travail et, en particulier, au cours de l'exercice de son nouveau négoce, ne sont pas soumis au dessaisissement. Nous avons montré que le texte de l'article 413 du Code de commerce autorise une telle interprétation.

A côté du patrimoine en faillite affecté par le jugement déclaratif au paiement des seuls créanciers dans la masse, se forme un patrimoine nouveau composé des seuls biens acquis à titre onéreux par le failli, postérieurement au jugement déclaratif, qui reste entièrement soumis au régime du droit commun.

Le failli peut ainsi utiliser dans ses opérations commerciales les valeurs qui rentrent dans cet actif nouveau et les administrer librement, sans que la masse puisse critiquer aucun de ces actes pour le seul motif qu'il est en faillite. Sur ce patrimoine, les créanciers anciens et nouveaux exerceront le droit de gage qu'ils tiennent de l'article 2092 du Code civil. Les créanciers postérieurs au jugement déclaratif pourront réclamer une seconde mise en faillite du débiteur, tandis que les créanciers anciens pourront, avant clôture de la faillite, réunir, par l'intermédiaire du syndic, les biens récemment acquis par le failli, à l'actif de la faillite, et, après clôture, se payer sur ces mêmes valeurs par voie de saisie individuelle. En tous cas, quel que soit le mode de réalisation de ces biens, le produit de leur liquidation se répartira entre tous les créanciers du failli antérieurs et postérieurs au jugement déclaratif.

Tous les intérêts en présence se trouvent ainsi respectés. Le failli peut fonder un nouvel établissement commercial sans cependant jouir d'un crédit excessif. Les créanciers nouveaux ne bénéficient pas d'un traitement de

faveur à l'égard des créanciers anciens qui sont, eux aussi, obligés de respecter les droits des créanciers nouveaux.

Les solutions qui découlent de notre législation des faillites, quant au sort du failli exerçant un commerce nouveau et de ses créanciers, sont donc satisfaisantes si l'on adopte cette opinion. A la différence de la loi allemande, le débiteur n'a pas à sa disposition les valeurs qui lui sont échues à titre gratuit, pendant la faillite, qu'il est inutile et même dangereux de laisser entre ses mains. Peut-être même notre législation est-elle aussi supérieure à la loi suisse qui se montre trop rigoureuse envers les créanciers compris dans la faillite auxquels elle refuse le droit de recourir à toute voie d'exécution de leur chef, tant que leur débiteur n'est pas revenu à meilleure fortune. Par contre, on peut lui reprocher de ne pas exclure expressément du dessaisissement les biens provenant de l'activité du failli, ce qui a entraîné des divergences d'opinion relatives, soit à la capacité du failli commerçant, soit aux droits des divers créanciers sur l'actif de formation récente.

VU :

Nancy, le 11 juillet 1925.

Le Président de la Thèse,

P. LESCOT.

VU :

Nancy, le 17 juillet 1925.

Le Doyen,

L. MICHON.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Nancy, le 18 juillet 1925.

Le Recteur de l'Académie,

CH. ADAM.

Membre de l'Institut.

BIBLIOGRAPHIE (1)

I. — Droit français.

- ALAUZET. — *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 3^e édit. Paris, 1879.
- BEDARRIDE. — *Traité des faillites et banqueroutes*, 5^e édit. Paris, 1874.
- BOISTEL. — *Cours de droit commercial*, 2^e édit. Paris, 1878.
- BONFILS. — Examen de la jurisprudence commerciale dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1889, p. 377 et s.
- BRAVARD-VEYRIÈRES. — *Traité de droit commercial*, annoté et complété par DEMANGEAT, 2^e édit. Paris, 1891.
- ESNAULT. — *Traité des faillites et banqueroutes d'après la loi du 28 mai-8 juin 1838*. Paris, 1846.
- GAZIN. — *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*. Thèse, Dijon, 1911.
- GRIGNON. — *Du dessaisissement du débiteur failli*. Thèse, Caen, 1902.
- LACOUR et BOUTERON. — *Précis de droit commercial*, 2^e édit. Paris, 1922.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 4^e édit. Paris, 1914.
- MASSÉ. — *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*. 3^e édit. Paris, 1874.
- MEYNIAL. — Note sous Cassation 22 novembre 1887 au S. 1889. I. 81.
- PARDESSUS. — *Cours de droit commercial*, 5^e édit. Paris, 1842.

(1) Le sujet que nous avons traité n'a pas, à proprement parler, de bibliographie. Il n'a, jusqu'à présent, été traité en entier avec quelques détails dans aucun écrit. Ainsi s'explique que les ouvrages cités ici sont, pour la plupart, des ouvrages généraux de droit commercial ou du droit des faillites. Nous ne donnons d'ailleurs pas la liste de tous les textes que nous avons consultés, mais seulement de ceux auxquels nous nous sommes le plus souvent reporté. Dans le cours de la thèse, on trouvera d'autres indications bibliographiques.

- PERCEROU. — *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* (collection Thaller). Paris. Tome I, 1907. Tome II, 1913.
- RENOUARD. — *Traité des faillites et banqueroutes*, 2^e édit. Paris, 1844.
- THALLER. — Créanciers dans la masse et créanciers de la masse en faillite, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1881, p. 630 et s.
- THALLER. — *Les faillites en droit comparé*, Paris, 1887.

II. — Droit étranger.

- BRUSTLEIN et RAMBERT. — *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*. Lausanne, 1892.
- FITTING. — *Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren*, 3^e édit., 1904.
- J KOHLER. — *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart. 1891.
- J. KOHLER. — *Leitfaden des Konkursrechts*, 2^e édit. Berlin, 1903.
- NAMUR. — *Le Code de commerce belge révisé*. Bruxelles-Paris, 1877.
- THALLER. — *Les faillites en droit comparé*, Paris, 1887.

ABRÉVIATIONS USITÉES

- An. D. C. — Annales de droit commercial.
- D. — Dalloz : Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
- Journ. des fail. — Journal des faillites.
- Journ. des Trib. Com. — Journal des Tribunaux de commerce.
- S. — Sirey : Recueil général des lois et arrêts.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	V

Première partie

<i>Du droit pour le failli d'entreprendre et gérer un nouveau commerce pendant sa faillite</i>	1
CHAPITRE PREMIER. — <i>Exposé de la jurisprudence et de la doctrine classique</i>	1
Section I. — Principes généraux.	1
Section II. — Sous quelles conditions le failli peut entreprendre un nouveau commerce pendant sa faillite	14
Section III. — Capacité du failli dans la gestion de son nouveau commerce.	31
§ I. — Contrats	34
§ II. — Actions en justice	40
Section IV. — Contrôle des créanciers sur les actes accomplis par le failli.	46
CHAPITRE II. — <i>Critiques de la jurisprudence et de la doctrine classique. Essai d'une autre justification</i>	57

Deuxième partie

<i>Droits respectifs des créanciers anciens et des créanciers nouveaux.</i>	83
CHAPITRE PREMIER. — <i>Des poursuites que les créanciers anciens et nouveaux pourront exercer sur les biens nouvellement acquis</i>	85
§ I. — Créanciers anciens.	86
§ II. — Créanciers nouveaux	92

	Pages
CHAPITRE II. — <i>Du règlement des droits des créanciers anciens et nouveaux.</i>	111
Section I. — Une seule faillite a été déclarée	113
§ I. — Les créanciers anciens ont un droit de préférence sur l'actif nouveau.	114
§ II. — Les créanciers commerciaux nouveaux ont un droit de préférence sur le nouvel actif.	116
§ III. — Les divers créanciers concourent entre eux.	135
Section II. — De l'hypothèse où une seconde faillite a été déclarée.	147

Troisième partie

<i>Droit comparé.</i>	155
CONCLUSION	169
BIBLIOGRAPHIE	177
ABRÉVIATIONS USITÉES.	178

